

UiO • **Det juridiske fakultet**

Beneficial Owner-begrepet

i skatteavtalesammenheng

Kandidatnummer: 537

Leveringsfrist: 25.november 2013

Antall ord: 17 364



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.2	Avhandlingens problemstillinger og videre fremstilling	3
1.3	Avgrensinger	3
2	ER NYE OECD-KOMMENTARER RELEVANTE VED TOLKNINGEN AV ELDRE SKATTEAVTALER?.....	5
2.1	Innledning	5
2.2	Problemstillingen i et større perspektiv	6
2.3	Mønsteravtalen fra 1977 frem til i dag	8
2.4	OECD-kommentarene	9
2.4.1	OECD-kommentaren 1977	9
2.4.2	OECD-kommentaren fra 1997 og 2000.....	10
2.4.3	OECD-kommentaren 2003 og 2010	10
2.4.3.1	Avsnitt 12	10
2.4.3.2	Avsnitt 12.1	12
2.5	OECD-Revised Proposals 2012.....	15
3	EN FELLES INTERNASJONAL ELLER NASJONAL DEFINISJON AV ”BENEFICIAL OWNER”-BEGREPET?.....	18
3.1	Innledning	18
3.1.1	Presentasjon av tema	18
3.1.2	Vurderinger av autonom og nasjonal tolkningsstil.....	19
3.2	Mønsteravtalens egen tolkningsregel i artikkel 3(2).....	20
3.3	De lege lata: Blir ”beneficial owner” ansett som et autonomt begrep av OECD- landene i dag?	21
3.3.1	Analyse av nasjonal rettspraksis fra OECDs-medlemsland	22

3.3.1.1	Common law-land	22
3.3.1.2	Canada: Prévost Car- og Velcro-dommen	22
3.3.2	Civil law-land	25
3.3.2.1	Danmark: ISS 1-dommen	25
3.3.2.2	Danmark: HHU-saken	26
3.3.2.3	Sverige: HDF 2012 not.24	28
3.3.3	Sammenfatning: hvilken tendens kan spores i nasjonal rettspraksis?	30
3.4	Hva vil fremtiden bringe: Vil ”beneficial owner” bli ansett som et autonomt begrep i OECD-kommentaren 2014?	31
3.4.1	Hvilket standpunkt vil bli inntatt den nye OECD-kommentaren 2014?.....	31
3.4.2	Sammenfatning og vurdering av signalene fra OECD Revised Proposals 2012 og kommentarene dertil.....	34
4	”BENEFICIAL OWNER”-BEGREPETS INNHOLD.....	36
4.1	Innlending	36
4.2	Under hvilke omstendigheter anses et gjennomstrømmingsselskap som ”beneficial owner”?	38
4.2.1	Innledende analyse av ordlyden i MTC artikkel 10 nr. 2	38
4.2.2	Signaler fra OECD-kommentarene	39
4.2.3	Nasjonal rettspraksis.....	40
4.2.3.1	Civil law-land.....	40
4.2.3.2	Danmark: HHU-saken	40
4.2.3.3	Danmark: ISS 1-dommen	41
4.2.3.4	Common law-land.....	43
4.2.3.5	Canada: Prévost Car-dommen	43
4.2.3.6	Canada: Velcro-dommen	45
4.2.4	Norsk forvaltningspraksis: Sentralskattekontoret for utenlandssaker	48
4.2.5	Norsk juridisk litteratur	48
4.3	Sammenfatning	51

5	BESTÅR ”BENEFICIAL OWNER”-VURDERINGEN UTELUKKENDE AV OBJEKTIVE MOMENTER, ELLER SKAL OGSÅ SUBJEKTIVE MOMENTER VEKTLEGGES?	53
5.1	Innledning	53
5.2	Retningslinjer for vurderingen.....	54
5.2.1	Substance over form og form over substance.....	54
5.2.2	Hensyn	55
5.2.3	Tilordningsregel eller omgåelsesregel.....	56
5.3	Normativ analyse av foreliggende rettskilder	57
5.3.1	Innledende analyse av ordlyd og OECD-kommentarer.....	58
5.3.2	Nasjonal rettspraksis fra common law- land	59
5.3.2.1	Storbritannia: Indofood-dommen.....	59
5.3.2.2	Canada: Prévost Car-dommen.....	60
5.3.3	Nasjonal rettspraksis fra civil law-land	63
5.3.3.1	Frankrike: Royal Bank of Scotland-dommen	63
5.3.3.2	Danmark: HHU-saken.....	64
5.3.3.3	Danmark: ISS 1-dommen.....	65
5.3.3.4	Sverige: HDF 2012 not.24	66
5.3.4	Sammenfatning og vurdering	67
6	OPPSUMMERING.....	69
7	LITTERATURLISTE	70

1 Innledning

1.1 Tema

Tema for denne avhandlingen er ”beneficial owner”¹-begrepet i skatteavtalesammenheng. Fremstillingen behandler begrepet i relasjon til aksjeutbytte over landegrensar. Anvendelse av begrepet reduserer kildeskatt på aksjeutbytte fra et aksjeselskap til en aksjonær hjemhørende i et annet land. Det rettslige innholdet i ”beneficial owner”-begrepet er på ingen måte avklart. Med dette for øyet vil jeg reise fire problemstillinger, som samlet kan bidra til å kartlegge begrepets innhold.

I utgangspunktet beskattes utenlandske aksjonærer i norske selskaper 25 prosent av brutto aksjeutbytte, jfr. skatteloven § 10-13, jfr. Stortingets skattevedtak 2012 § 3-5 (3). Aksjeutbytte opptjent i utlandet blir også skattlagt i de aller fleste land. Det medfører at en skatteyder kan skattlegges for samme aksjeutbytte i både kildestaten og hjemstaten, noe som gjerne omtales som internasjonal dobbeltbeskatning. Kildestaten er det landet hvor inntekten oppstår, mens hjemstaten er det landet hvor aksjonæren er hjemmehørende. Internasjonal dobbeltbeskatning motvirkes både på nasjonalt og internasjonalt nivå. I Norge kan for eksempel kildeskatten reduseres gjennom fritaksmetoden, jfr. skatteloven § 2-38 (5) eller gjennom skatteavtaler.

Det er internasjonal enighet om at internasjonal dobbeltbeskatning bør unngås. Med dette som hovedformål er det inngått et stort antall bilaterale og multilaterale folkerettslige traktater, nemlig skatteavtalene. Skatteavtalene fordeler beskatningsmyndigheten mellom statene, og begrenser på denne måten forekomsten av dobbeltbeskatning på samme inntekt.

¹ I norsk traktattekst brukes ”den virkelige rettighetshaver”.

Hovedandelen av skatteavtalene baserer seg på OECDs Mønsteravtale (OECD Model Tax Convention on Income and Capital (MTC)). OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) er et mellomstatlig samarbeidsforum mellom industriland som arbeider for økonomisk og sosial utvikling. Skatteavtalene er ikke nødvendigvis like i henhold til kildeskattesatsen, selv om avtalen bygger på mønsteravtalen. For eksempel gir skatteavtalen mellom Norge og Kina anvisning på 15 prosent kildeskatt,² mens den gjeldende skatteavtalen Norge har med Storbritannia angir en kildeskatt på 5 prosent.³ Land som Norge ikke har inngått skatteavtale med, vil kildeskattesatsen være 25 prosent.

Variasjonene innenfor skatteavtalene gir mulighet for internasjonal skatteplanlegging. I de fleste tilfellene består det i å utnytte ulikheter i statenes skatteregler, for eksempel med sikte på å unngå kildeskatter.⁴ Denne formen for skatteplanlegging omtales gjerne som treaty shopping. Typisk vil treaty shopping bestå i ”(...)å etablere et selskap i en stat med gunstig skatteavtale (gjennomstrømningslandet). Inntekten kanaliseres så gjennom dette selskap (gjennomstrømningsselskapet) og eventuelt videre til dettes eier(e) i en tredjestat.”⁵

Det har vist seg å være vanskelig å finne effektive mottiltak mot treaty shopping.⁶ Det er utviklet ulike strategier for å motvirke treaty shopping og andre formålsstridige utnyttelser av skatteavtalene. MTC artikkel 10 nr. 2 begrenser kildestatens beskatningsrett. Begrensingen er imidlertid betinget av at mottakeren er ”beneficial owner”. Begrepet anses dermed som et slikt mottiltak.

² Finansdepartementet (2013)

³ Finansdepartementet (2013). Norge har inngått ny skatteavtale med Storbritannia med virkning fra og med inntektsåret 2014.

⁴ Zimmer (2011), side 37

⁵ Zimmer (2011), side 44

⁶ Zimmer (2011), side 45

1.2 Avhandlingens problemstillinger og videre fremstilling

Fremstillingen behandler fire problemstillinger, som sammen utgjør overlappende deler av et større helhetsbilde. Hva som er den mest hensiktsmessige disponeringen er dermed ikke åpenbart. Det vil utvilsomt være flere måter å systematisere stoffet på. Jeg har først valgt å behandle problemstillingen *hvorvidt nyere OECD-kommentarer kan legges til grunn ved tolkningen av eldre skatteavtaler* (kapittel 2), da det sier noe om kommentarenes relevans ved drøftelsen av de andre problemstillingene. Deretter vil jeg ta for meg problemstillingen *hvorvidt "beneficial owner"-begrepet skal tillegges en autonom eller en nasjonal forståelse* (kapittel 3). De foregående problemstillingene utgjør etter mitt syn et viktig bakteppe for å kunne ta stilling til de to siste problemstillingene, nemlig *"beneficial owner"-begrepets innhold* (kapittel 4), etterfulgt av problemstillingen *om "beneficial owner"-vurderingen består utelukkende av objektive momenter eller hvorvidt også subjektive momenter skal vektlegges* (kapittel 5)?

1.3 Avgrensinger

En rekke problemstillinger kan oppstå ved anvendelse av "beneficial owner"-begrepet. Avhandlingens fire problemstillinger vil på ingen måte dekke hele bildet. For eksempel reiser jeg ikke spørsmålet hvorvidt "beneficial owner"-begrepet innebærer en generell omgåelsesnorm. Heller ikke "beneficial owner"-begrepets forhold til den norske omgåelsesnormen vil bli særskilt behandlet. Sistnevnte problemstilling er særlig dagsaktuelt i Norge i forbindelse med Transocean-saken. Kort fortalt gjelder saken flere skattemessige disposisjoner foretatt i forbindelse med salg av 12 oljerigger fra det norske selskapet Transocean AS/ASA, til ulike selskaper i Cayman Islands. Skatteetaten har i forbindelse med disse forholdene foretatt etterligning for ca.10 milliarder kroner.⁷ Tingretten har i den forbindelse

⁷ Økokrim (2013)

tatt stilling til om den norske omgåelsesnormen kan anvendes, hvis de kommer til at mottakeren av utbyttet ikke er ”beneficial owner”. Det er ennå ikke falt dom i saken.

”Beneficial owner”-begrepet anvendes også for å redusere kildeskatt på renter og royaltys. Dette følger av MTC artikkel 11 og 12. Avhandlingen avgrenses mot disse tilfellene. Rettskilder angående tolkningen av ”beneficial owner” i forbindelse med renter og royaltys gjelder i utgangspunktet tilsvarende for aksjeutbytte.⁸ Det kan imidlertid foreligge særegenheter ved renter og royaltys som ikke har overføringsverdi til aksjeutbytte.

⁸ Furuseth (2013), side 195

2 Er nye OECD-kommentarer relevante ved tolkningen av eldre skatteavtaler?

2.1 Innledning

Problemstillingen i dette kapittelet er hvorvidt nye OECD-kommentarer er relevante ved tolkningen av eldre skatteavtaler. OECD-kommentarene blir utarbeidet i forbindelse med utgivelse og endring av MTC. Kommentarene er ment å gi veiledning ved tolkningen av de enkelte bestemmelsene. Kommentarene blir i stor utstrekning brukt for å tolke skatteavtaler, noe som muliggjør at skatteavtalene blir tolket i overensstemmelse med MTC.⁹

De første kommentarene forelå i 1963, samme år som utgivelsen av utkastet til MTC. I 1977 ble MTC endret, blant annet ved innføringen av "beneficial owner"-begrepet. I forbindelse med endringen ble kommentarene revidert. Etter den tid har OECD-kommentarene blitt revidert en rekke ganger.¹⁰ Den siste revisjonen var i 2010, og det er forventet endringer i forbindelse med utgivelse av nye kommentarer i 2014. I den anledning har OECD utgitt et diskusjonsnotat *Clarification of the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention* (diskusjonsnotatet) i 2011 og *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of "beneficial owner" in Articles 10, 11 and 12* (Revised Proposals) i 2012 vedrørende tolkningen av "beneficial owner"-begrepet.

Det er enighet om at kommentarene i sin alminnelighet har stor praktisk betydning ved tolkningen av skatteavtaler hvor artiklene samsvarer med MTC.¹¹ Kommentarene er ikke

⁹ Skaar (2006), side 58.

¹⁰ Skaar (2006), side 63.

¹¹ Skaar (2006), side 58.

rettslig bindende for medlemslandene. Imidlertid er det ikke på det rene hvorvidt medlemslandene er forpliktet til å ta kommentarene i betraktning ved tolkningen av skatteavtaler seg i mellom hvor skatteavtalen samsvarer med MTC.¹² Det er en pågående debatt hvorvidt OECD-kommentarenes relevans er hjemlet i Wien-konvensjonen. Et alternativ er at Wien-konvensjonen artikkel 32 og 31 gir hjemmel for å anse OECD-kommentarer, som eksisterte ved inngåelsen av den konkrete skatteavtalen, som relevante for tolkningen. I denne sammenhengen anses OECD-kommentarene som *"supplementary means of interpretation"*¹³.

Nyere OECD-kommentarer vil ikke være en del av partenes felles forutsetninger før inngåelsen av den konkrete avtalen. I den forbindelse er det naturlig å reise problemstillingen hvorvidt nye OECD-kommentarer er relevante ved tolkningen av eldre skatteavtaler. Før jeg begir meg inn på å drøfte kapittelets problemstilling, vil jeg først redegjøre for spørsmålet i sin alminnelighet. Deretter vil jeg lede drøftelsen inn mot OECD-kommentarer vedrørende forståelsen av "beneficial owner"-begrepet.

2.2 Problemstillingen i et større perspektiv

OECD har selv uttalt seg om de nyere kommentarenes relevans ved tolkningen av eldre skatteavtaler:

"Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles. However, other changes

¹² Skaar (2006), side 58.

¹³ Wien-konvensjonen artikkel 32.

*or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD member countries (...)*¹⁴

For det første fremkommer det av uttalelsen at hvor enkeltbestemmelser i MTC er *materielt endret* siden den aktuelle skatteavtalen ble inngått, så kan ikke nyere kommentarer anvendes ved tolkningen.¹⁵ For det annet fremgår det at hvis bestemmelsene i siste modellavtale *samsvarer* med bestemmelsene som gjaldt da den aktuelle skatteavtalen ble inngått, vil den nyere kommentaren i utgangspunktet være relevant.¹⁶

Zimmer¹⁷ skriver at standpunktet er omdiskutert, ettersom enkelte kommentarendringer har vært hevdet å utgjøre endringer av modellavtalen i realiteten. Det går derfor et viktig skille mellom nye kommentarer som klargjør eldre kommentarer, og nye kommentarer som medfører en endring eller som i realiteten fyller hull i MTC.¹⁸

Nye kommentarer som *klargjør* eldre kommentarer er relevante ved tolkningen av eldre skatteavtaler. Kommentarer som fyller hull i modellavtalen tillegges ikke vekt, og enda mindre vekt skal tillegges kommentarer som innebærer en endring.¹⁹ Problemstillingen i dette kapittelet er dermed hvorvidt OECD-kommentarer fra 1977 frem til i dag, vedrørende ”beneficial owner”-begrepet i MTC artikkel 10 nr. 2, innebærer en klargjøring, endring eller tetter eventuelle hull.

I det følgende vil jeg først undersøke om ordlyden i MTC artikkel 10 nr. 2 er materielt sett endret fra 1977 frem til i dag. Deretter vil jeg gjennomgå OECD-kommentarer fra 1977,

¹⁴ OECD kommentarene 2005, avsnitt 31-32.

¹⁵ Skaar (2006), side 63.

¹⁶ I.c.

¹⁷ Zimmer (2011), side 80.

¹⁸ ibid. Videre henvisning til Wrad m.fl. (2005), side 78.

¹⁹ Zimmer (2011), side 80.

1997, 2000, 2003, 2010 og OECD Revised Proposals fra 2012 for å undersøke om revisjonene som er foretatt innebærer presiseringer, endringer eller tetter hull.

2.3 Mønsteravtalen fra 1977 frem til i dag

Ettersom nyere kommentarer ikke kan anvendes ved tolkningen av eldre skatteavtaler, hvor enkeltbestemmelser i MTC er *materielt endret* siden den aktuelle skatteavtalen ble inngått, må det avklares hvorvidt det er skjedd en materiell endring av MTC artikkel 10 nr.2. I 1977 lød ordlyden som følger:

*”However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the recipient is the beneficial owner of the dividends the tax so charged shall not exceed:...”*²⁰

I 1995 ble det foretatt en endring i ordlyden. Setningen *”if the recipient is the beneficial owner of the dividends”* ble erstattet med *”if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State”*²¹. Det antas at revideringen av ordlyden ikke er ment å utgjøre innholdsmessige endringer. Formålet med endringen var å gjøre det klart at motakeren av utbyttet må være hjemhørende i den kontraherende staten for å bli ansett som ”beneficial owner”.²² Dermed utelukker ikke den endrede ordlyden at nyere OECD-kommentarer kan legges til grunn ved tolkning av skatteavtaler fra og med 1977. Fra 1995 og frem til i dag har ordlyden stått uforandret.

²⁰ OECD kommentarene 1977, artikkel 10 nr. 2.

²¹ I.c.

²² ibid. avsnitt 12.

2.4 OECD-kommentarene

I dette delkapittelet vil jeg gå gjennom OECD-kommentarer vedrørende forståelsen av ”beneficial owner”-begrepet. Hvor det er skjedd mindre betydningsfulle revideringer mellom utgivelsene vil behandlingen av disse slås sammen med den påfølgende utgivelsen. Innholdet i hver enkelt kommentar skal avklares så langt det lar seg gjøre. Underveis vil jeg sammenlikne kommentarene for å forsøke og finne svar på om nyere kommentarer innebærer presiseringer eller endringer fra de eldre.

2.4.1 OECD-kommentaren 1977

Kommentaren fra 1977 er den første som uttaler seg om forståelsen av ”beneficial owner”-begrepet. OECDs uttalelse fremgår av avsnitt 12, hvor det heter at *”the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State”*²³. Det fremgår at redusert kildeskatt ikke oppnås når et mellomledd, for eksempel en agent eller stråmann, står mellom ”the beneficiary” og det utdelende selskapet, hvis ikke den som anses som ”beneficial owner” er hjemhørende i den kontraherende staten.

Det vil med andre ord si at forutsetningen for at mottakeren av utbyttet skal anses som ”beneficial owner”, er at vedkommende er hjemhørende i den kontraherende staten. Redusert kildeskatt kan også oppnås hvis et mellomledd mottar utbyttet, så lenge mellomleddet og ”beneficial owner” er hjemhørende i samme kontraherende stat. Motsatt vil ikke redusert kildeskatt oppnås, hvis mellomleddet og ”beneficial owner” er hjemhørende i ulike land.

²³ OECD kommentaren 1977, artikkel 10 nr. 2.

2.4.2 OECD-kommentaren fra 1997 og 2000

I 1995 ble det som nevnt foretatt en mindre revidering av ordlyden i artikkel 10 nr. 2. Denne endringen i ordlyden er ment å klargjøre innholdet i artikkelens ordlyd. Endringen i ordlyden er inntatt i kommentaren fra 1997. Ut over det er kommentaren likelydende med kommentaren fra 1977, og tillegges dermed samme innhold.

OECD-kommentaren fra 2000 er også likelydende med 1977 og 1997-utgaven. Det vil si at skatteavtaler inngått fra og med 1977 frem til 2000, i det minste kan anvende OECD-kommentarer utgitt til og med 2000. I det følgende skal det vurderes hvorvidt OECD-kommentarer utgitt etter 2000, også kan anvendes ved tolkning av skatteavtaler inngått fra og med 1977.

2.4.3 OECD-kommentaren 2003 og 2010

I 2003 ble OECD-kommentaren vedrørende forståelsen av ”beneficial owner”-begrepet revidert. Ordlyden i avsnitt 12 er ny og i tillegg ble det inntatt to nye avsnitt, 12.1 og 12.2. Avsnitt 12.2 relaterer seg til andre forhold som følger av artikkel 10, og vil derfor ikke bli behandlet her. OECD-kommentaren fra 2010 er likelydende hva angår avsnitt 12 og 12.1. Spørsmålet i det følgende er hvorvidt den nye ordlyden i avsnitt 12 og 12.1 innebærer en endring eller en presisering av det som allerede fremgår av OECD-kommentaren fra 1997.

2.4.3.1 Avsnitt 12

I OECD-kommentaren fra 2003 lyder avsnitt 12 som følger:

” The requirement of beneficial ownership was introduced in paragraph 2 of Article 10 to clarify the meaning of the words “paid ... to a resident” as they are used in paragraph 1 of

*the Article. It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source had concluded a convention. The term "beneficial owner" is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance."*²⁴

Avsnittet innleder med at "beneficial owner"-begrepet ble inntatt i mønsteravtalen for å klargjøre ordlyden i artikkel 10 paragraf 1. Videre kommer det frem av kommentaren at kildestaten ikke er umiddelbart forpliktet til å redusere kildeskatt når mottakeren av utbyttet er hjemhørende i den kontraherende staten. Dette fremkommer allerede av kommentaren fra 1977, og således kan ikke denne uttalelsen anses som en endring av hva som allerede synes å ligge i forståelsen av "beneficial owner"-begrepet. Det tilsier at dette kan legges til grunn ved tolkning av skatteavtaler fra og med 1977. Etter min mening anses dette som en presisering fra det som tidligere må antas å ligge i OECD-kommentaren fra 1977.

Den siste setningen i avsnitt 12 angår retningslinjer for hvordan begrepet kan tolkes. Det fremkommer at begrepet ikke skal tolkes snevert, men skal forstås i lys av de øvrige bestemmelsene og mønsteravtalens "object and puprose", som er å unngå dobbeltbeskatning og forhindre misbruk av skatteavtalen. Det er tidligere ikke gitt direkte retningslinjer for tolkningen av begrepet. Umiddelbart kan dermed setningen synes å innebære en endring i forhold til OECD-kommentarene fra 1977 og 2000. På den andre siden samsvarer retningslinjene med Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32²⁵, som gjelder for tolkningen av skatteavtaler. Wien-konvensjonen gjelder uavhengig av OECD-kommentarene, og etter artikkel 31 nr.1 skal traktater tolkes i samsvar med "*their context and in the light of its object and*

²⁴ OECD kommentarene 2003, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.

²⁵ Wien-konvensjonen artikkel 31 og 32.

purpose”²⁶. Det tilsier at retningslinjen ikke anses som en endring eller tilføring av noe nytt i forhold til det som allerede antas å ligge i OECD-kommentaren fra 1977.

Samlet sett tilsier det at hele avsnitt 12 ikke innebærer en endring fra tidligere kommentarer. Dette standpunktet er også inntatt i den danske Nycomed-saken²⁷ fra 2012. I denne saken kom skatteavtalen mellom Danmark og Luxembourg fra 1982 til anvendelse. Saken gjelder kildebeskatning av renter. Uttalelsen har også relevans for utbyttebeskatning, ettersom kommentaren vedrørende renter er likelydende kommentaren om utbytte. Landsskatte retten uttalte direkte at ” *I kommentarerne til 2003 modeloverkomstens artikel 11, punkt 8 er anført følgende, idet bemærkes, at disse kommentarer uanset, at de er af senere dato end dobbeltbeskatningsoverkomsten, indgår ved vurderingen af hensyn til en harmoniseret fortolkning, da der ikke anses at foreligge en egentlig ændring, men alene en præcisering(...)*”.

2.4.3.2 Avsnitt 12.1

Det nye avsnittet 12.1 lyder som følger:

“Where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. It would be equally

²⁶ Wien-konvensjonen artikkel 31 nr.1.

²⁷ SKM 2012.409. LSR.

inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned.”²⁸

I korte trekk går kommentaren ut på at det ville være uforenelig med modellavtalens formål og hensikt, hvis stråmenn og agenter hjemhørende i hjemstaten skulle oppnå redusert kildeskatt bare fordi de var hjemhørende i den kontraherende staten. Videre kan det synes som om uttalelsen i hovedsak går ut på å begrunne dette standpunktet.

Uttalelsen gir etter min mening ikke uttrykk for noe nytt. I OECD-kommentaren fra 1977 fremheves det også at agenter eller stråmenn ikke anses som ”beneficial owner”. Det er tidligere ikke gitt en like utfyllende begrunnelse, men det kan etter min mening ikke anses som noe annet enn en presisering.

Videre i avsnittet henvises det til rapporten ”Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies” utarbeidet av Committee on Fiscal Affairs, hvor det uttales at ” *a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties*”²⁹.

Det fremkommer at et gjennomstrømmingsselskap normalt ikke kan anses som ”beneficial owner”, selv om selskapet er formell eier, så lenge det har svært snevre beføyelser over det mottatte utbyttet. I forhold til utbyttet vil selskapet fremstå som en formynder eller administrator, som handler på vegne av det utdelende og det bakenforliggende mottakende selskapet.

²⁸ OECD kommentaren 2010, artikkel 10 nr. 2, avsnitt 12.1.

²⁹ I.c.

I to danske avgjørelser HHU-³⁰ og Cook-saken³¹, begge fra 2011, anvendte Landsskatteretten skatteavtalen mellom de nordiske land fra 1997³². I rettens tolkning av ”beneficial owner”-begrepet ble OECD-kommentaren fra 2003 lagt til grunn. Både avsnitt 12 og 12.1 ble sitert og vurdert. Også nasjonal rettspraksis fra Canada og Storbritannia har ansett OECD-kommentaren fra 2003 relevant ved deres tolkning av ”beneficial owner”-begrepet. I *Prévost Car*-dommen fra 2009³³ blir både OECD-kommentaren fra 1977 og 2003 vurdert av retten ved tolkningen av ”beneficial owner”-begrepet i skatteavtalen mellom Canada og Nederland fra 1986³⁴. Det samme følger også av den britiske *Indofood*-dommen fra 2006³⁵, hvor retten måtte ta stilling til skatteavtalen mellom Nederland og Indonesia fra 2002 (trådt i kraft i 2004)³⁶. Det må bemerkes at det i HHU-, Cook-, og *Indofood*-dommen var spørsmål om kildeskatt på renter. Likevel anses kommentarene fra 2003 som relevante, da kommentarene vedrørende utbytte i avsnitt 12 og 12.1 er likelydende med kommentarene om renter i avsnitt 8 og 8.1.

Eksemplene fra nasjonal rettspraksis viser at både avsnitt 12 og 12.1 i OECD-kommentaren fra 2003 er lagt til grunn i tolkningen av skatteavtaler fra og med 1986. Selv om dette riktignok bare er et utvalg av nasjonal rettspraksis, gir det etter min mening en indikasjon på at kommentarene har relevans. Spesielt er det interessant å merke seg at praksisen er entydig.

³⁰ SKM 2011.57 LSR.

³¹ SKM 2001.485 LSR.

³² Skatteavtale mellom de nordiske land.

³³ *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2008 TCC 231 og *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2009 FAC 57.

³⁴ Skatteavtalen mellom Canada og Nederland.

³⁵ *Indofood International v. JP Morgan Chase Bank N.A London Branch*.

³⁶ Skatteavtalen mellom Nederland og Indonesia

Min vurdering av kommentarens innhold og henvisning til kildebruken i nasjonal rettspraksis viser at både avsnitt 12 og 12.1 kan legges til grunn ved tolkning av skatteavtaler fra og med 1977. Vurderingen baseres også på at det vil ha formodningen mot seg at OECD innfører endringer i kommentarene uten at det fremkommer mer eller mindre uttrykkelig.

2.5 OECD-Revised Proposals 2012

Revised Proposals kan på ingen måte anses å gi uttrykk for det endelige innholdet i OECD-kommenaten 2014. Likevel gir de en indikasjon på innholdet, og er således av interesse. Det er inntatt flere nye avsnitt i notatet. Henvisning til avsnitt fra Revised Proposals vil dermed avvike fra nummereringen av avsnitt fra tidligere OECD-kommentarer. Avsnitt med relasjon til oppgavens øvrige problemstillinger vil følgelig bli behandlet.

Revised Proposals avsnitt 12 er likelydende med OECD-kommentaren fra 2003. Det er imidlertid foretatt en mindre revideringer i ordlyden som må antas å være ment som en presisering. Ordlyden ”immediately received” er erstattet med ”paid direct to”.

I avsnitt 12.1 er det lagt til en ytterligere setning som lyder:

“Since the term “beneficial owner” was added to address potential difficulties arising from the use of the words “paid to ... a resident” in paragraph 1, it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries).”³⁷

I motsetning til hva som fremkommer av OECD-kommentarene fra 2003, kommer det her uttrykkelig frem at begrepet ikke skal tillegges den betydningen som kan forekomme i nasjonal rett. En følge av dette standpunktet er at en autonom tolkningsstil legges til grunn.

³⁷ OECD Revised Proposals, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.1.

Umiddelbart kan det synes som om dette innebærer en endring fra tidligere OECD-kommentarer. Det kan vanskelig leses direkte ut fra OECD-kommentaren fra 2003, hvor det fremkommer at en *”technical meaning”* av begrepet ikke skal legges til grunn, at begrepet er autonomt.

På den andre siden fremgår det i Revised Proposals at denne forståelsen var *”intended”* allerede ved implementeringen av begrepet.³⁸ Dette kan tale for at revideringen anses som en klargjøring av en allerede eksisterende oppfatning. Det er usikkert hvor mye vekt som kan tillegges dette argumentet, da den nye ordlyden i kommentaren *”intended”* også kan anses som en *”tilsnikelse”* av OECD. Med det mener jeg at ordbruken er inntatt for å omgå problemet som ellers ville oppstått, nemlig at avsnittet ellers ikke kunne anses relevant ved tolkningen av eldre skatteavtaler.

Avsnittet 12.4 i Revised Proposals tar for seg hvilken betydning det har at en mellomliggende mottaker av utbyttet er kontraktsrettslig forpliktet til å overføre utbyttet videre til en tredjepart.

*In these various examples (agent, nominee, conduit company acting as a fiduciary or administrator), the recipient of the dividend is not the “beneficial owner” because that recipient’s right to use and enjoy the dividend is constrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. Such an obligation will normally derive from relevant legal documents but may also be found to exist on the basis of facts and circumstances showing that, in substance, the recipient clearly does not have the full right to use and enjoy the dividend unconstrained by a contractual or legal obligation to pass on the payment received to another person. This type of obligation must be related to the payment received...”*³⁹

³⁸ I.c.

³⁹ OECD Revised Proposals, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.4.

Avsnittet forklarer *hvorfor* en agent, stråmann eller et gjennomstrømmingsselskap som handler som en administrator, ikke kan anses som "beneficial owner". I et slikt tilfelle vil det nemlig normalt foreligge en kontraktsrettslig forpliktelse til å videreformidle utbyttet til den egentlige eieren. Den kontraktsrettslige forpliktelsen behøver ikke fremkomme av et skriftlig dokument, men kan følge av omstendighetene.

Ettersom avsnittet forklarer bakgrunnen for at mottakeren ikke kan anses som "beneficial owner" i de nevnte tilfellene, tilsier det at heller ikke dette avsnittet kan anses som en endring. Det fremkommer allerede i OECD-kommentaren fra 1977 at "agent og nominee" ikke anses som "beneficial owner". "Coundiut company" fremkommer som tidligere nevnt av OECD-kommentaren fra 2003.

Hittil finnes det ikke nasjonal rettspraksis, meg bekjent, som legger til grunn Revised Proposals ved tolkningen av eldre skatteavtaler. Det er en naturlig følge av at forslaget ble utgitt i oktober 2012. På sikt er det sannsynlig at også *innholdet* i Revised Proposals, i større eller mindre grad, vil bli ansett som en relevant rettskilde i den grad det blir inntatt i OECD-kommentaren 2014.

3 En felles internasjonal eller nasjonal definisjon av ”beneficial owner”-begrepet?

3.1 Innledning

3.1.1 Presentasjon av tema

Hvorvidt en skal legge til grunn en autonom- eller nasjonal tolkningsstil av ”beneficial owner”-begrepet, er avgjørende for å kunne sette rammene for begrepet. En autonom tolkning vil si at man kommer frem til én felles forståelse av begrepet på et internasjonalt nivå. Nasjonal tolkning innebærer at landene i all hovedsak ser hen til internretten for komme frem til betydningen av begrepet, og således vil begrepet kunne få ulik betydning i forskjellige land. En viktig, men dog vanskelig grense å trekke er mellom tilfeller hvor nasjonal rettspraksis og annen praksis bidrar til å *belyse* hva skatteavtalens autonome begrep innebærer, og tilfeller hvor rettsanvenderen faller tilbake på begrepsdannelser i nasjonal rett. Førstnevnte tolkningsstil er å anse som en autonom tolkning, mens sistnevnte vil være en nasjonal tolkning av begrepet.

I dette kapittelet skal jeg ta for meg to problemstillinger. Den første problemstillingen er hvorvidt ”beneficial owner” blir ansett som et autonomt begrep av medlemslandene i dag. Den andre problemstillingen er hvilket standpunkt OECD-kommentaren 2014 vil innta.

Referanserammen for problemstillingen vil være OECD Discussion Draft⁴⁰, OECD Revised Proposals⁴¹, kommentarene etter høringsrunden⁴², nasjonal rettspraksis, forvaltningspraksis og juridisk litteratur.

⁴⁰ OECD Discussion Draft 2011.

⁴¹ OECD Revised Proposals 2012.

⁴² Kommentarene til Discussion Draft.

3.1.2 Vurderinger av autonom og nasjonal tolkningsstil

Et autonomt begrep vil kunne motvirke forskjellsbehandling. I utgangspunktet forbyr ikke skatteavtalene forskjellsbehandling på grunnlag av om skattesubjektet er hjemhørende i kildestaten eller ikke. Det er imidlertid inntatt en ikke-diskrimineringsbestemmelse i MTC artikkel 24. Bestemmelsen forbyr forskjellsbehandling av utledninger og innlendinger i enkelte tilfeller.⁴³ Ut over det er ikke-diskriminering fremhevet som et sentralt hensyn i skatteretten. Hensynet fremkommer også av EØS-retten og regelverket under Verdens Handelsorganisasjon.⁴⁴ Det kan tale for at ikke-diskriminering, også ved tolkningen av ”beneficial owner”-begrepet, er et sentralt hensyn. Hvis ”beneficial owner”-begrepet anses autonomt vil det, innenfor en viss ramme, bli gitt samme innhold i ulike land. Det vil kunne bidra til at selskaper i mindre grad blir forskjellsbehandlet ut fra hvilket land som er kildestaten.

Et autonomt begrep vil også kunne øke forutsigbarheten for aktører, herunder statens myndigheter, det utdelende selskapet og mottakeren (aksjonæren). I tillegg vil risikoen for internasjonal dobbeltbeskatning kunne minskes ved et autonomt begrep. Hvis begrepet tolkes forskjellig i ulike land, vil det kunne medføre at en mottaker av et utbytte for eksempel blir ansett som ”beneficial owner” i kildestaten, men ikke i hjemstaten.

En nasjonal definisjon av ”beneficial owner”-begrepet vil på sin side medføre at begrepet blir mer dynamisk. Innholdet i begrepet vil lettere kunne tilpasse seg utviklingen i samfunnet. Det vil være svært tidkrevende å endre begrepets innhold på et internasjonalt plan, mens en endring av begrepets innhold på nasjonalt nivå vil kunne skje i takt med samfunnsutviklingen. I tillegg vil begrepets innhold kunne tilpasses etter avtalepartenes øvrige internrett og således gi et mer effektivt vern. Dette argumentet gjør seg særlig gjeldene i

⁴³ Zimmer (2011), side 48.

⁴⁴ Zimmer (2011), side 48.

common law-land, hvor "beneficial owner"-begrepet allerede eksisterer i internretten. I civil law-land, slik som Norge, vil ikke den samme tilpasningsmuligheten oppstå.

3.2 Mønsteravtalens egen tolkningsregel i artikkel 3(2)

Ordlyden i MTC artikkel 10 nr. 2 gir ingen veiledning om "beneficial owner"-begrepet skal tolkes autonomt eller om man skal se hen til begrepsdannelser i internretten. MTC artikkel 3(2) gir imidlertid en tolkningsregel for begreper som verken er definert i skatteavtalen, eller som henviser til et av landenes interne rett.⁴⁵ Fordelen med regelen er at det gir en viss grad av forutsigbarhet i henhold til hvilket innhold som tillegges begrepet. Ulempen med bestemmelsen er at den ikke sikrer mot dobbeltbeskatning hvor landende har forskjellig internrettslig forståelse av begrepet.⁴⁶ Bestemmelsen lyder som følger:

*(...) any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at the time under the law of that State(...).*⁴⁷

Av bestemmelsen fremgår det at begreper uten fastsatt definisjon eller henvisning til intern rett, tillegges den betydningen begrepet har etter internretten i det landet som anvender bestemmelsen, såfremt annet ikke fremgår av sammenhengen. Det medfører at bestemmelsen ikke vil kunne anvendes på "beneficial owner"-begrepet dersom det legges til grunn at begrepet skal tolkes autonomt.

⁴⁵ Zimmer (2011), side 73.

⁴⁶ Zimmer (2011), side 81.

⁴⁷ OECD MTC art. 3 (2).

3.3 De lege lata: Blir ”beneficial owner” ansett som et autonomt begrep av OECD-landene i dag?

Medlemslandenes holdning kommer verken frem av kommentarene, høringsrundene etter Revised Proposal eller er på annen måte offentliggjort. Norges bidrag til diskusjonen er gjennom Finansdepartementet. Departementets arbeidet har i de senere årene konsentrert seg om å delta i diskusjonene innad i OECD i forbindelse med revisjon av 2014 kommentarene til MTC. De norske innleggene i OECD kommer kun frem ved muntlige diskusjonsmøter og er konfidensielle.⁴⁸

For å kunne vurdere hvordan medlemslandene stiller seg til spørsmålet om ”beneficial owner” skal anses som et autonomt eller nasjonalt begrep, vil jeg se nærmere på nasjonal rettspraksis og juridisk litteratur. I den foreliggende rettspraksisen ble OECD-kommentarene fra 2003 anvendt som rettskilde. Som kjent ga disse kommentaren ikke uttrykk for hvorvidt ”beneficial owner” var et autonomt begrep. Imidlertid gis det som kjent en retningslinje for tolkingen, nemlig at begrepet skal ”*be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention*”⁴⁹.

Det vil særlig være to spørsmål jeg kommer til å stille i min analyse av nasjonal rettspraksis:

- (1) Tilsier rettens rettskildebruk at de anser ”beneficial owner” som et autonomt begrep?
- (2) Hvis ja, kan nasjonale *rettskilder* være av interesse ved fastleggelsen av det autonome begrepet og i tilfelle i hvilken utstrekning?

⁴⁸ Skattelovavdelingen (2013).

⁴⁹ OECD-kommentarene fra 2003, avsnitt 12.

3.3.1 Analyse av nasjonal rettspraksis fra OECDs-medlemsland

Nasjonale domstoler og forvaltningsorganer er beslutningstakerne overfor de som til en hver tid anses som "beneficial owner". Deres praksis kan derfor gi signaler om hvordan medlemsstatene stiller seg til problemstillingen.

Generelt kan det synes som om det er en viss forskjell mellom holdningen til common law- og civil law land. Tendensen er at common law-land er mer skeptiske til å tolke begrepet autonomt. Det kan ha sammenheng med at "beneficial owner"-begrepet allerede er i bruk i nasjonal rett, og at den nasjonale tolkningen av "beneficial owner" synes å ha en lavere terskel enn den internasjonale standarden.⁵⁰ Dessuten innebærer en autonom fortolkning at statene må forholde seg til ny rett og endre sin tidligere praksis – en omstilling som kan være både tids- og ressurskrevende.

3.3.1.1 Common law-land

3.3.1.2 Canada: Prévost Car- og Velcro-dommen

Prévost Car og Velcro-dommenes⁵¹ bruk av tilgjengelige kilder gir eksempel på hvordan spørsmålet er behandlet i rettspraksis i et common law-land. Begge dommene, som er fra 2009 og 2012, er avsagt i Canada og behandler Canadas skatteavtale med Nederland. Velcro-dommen bygger i det vesentlige på Prévost Car-dommen. Jeg vil for dette formål derfor bare gi en fremstilling av sistnevnte.

I korte trekk gikk faktum i Prévost Car-dommen⁵² ut på at det ble utdelt utbytte fra det canadiske selskapet Prévost Car til dets nederlandske holdingselskap Prévost Holdings. Holdingselskapet delte utbytte videre ut til dets aksjonærer, det svenske selskapet Volvo og det

⁵⁰ Furuseth (2013), side 175.

⁵¹ Velcro Canada Inc.v. Canada.

⁵² Prévost Car-dommen 2009.

britiske selskapet Henlys. Spørsmålet i saken var om Prévost Holdings kunne anses som ”beneficial-owner” av utbyttet.

Førsteinstansdomstolen kom til at det nederlandske holdingsselskapet var ”beneficial owner” av utbyttet. Dommen ble anket, og ankedomstolen sluttet seg, i det vesentlige, til førsteinstansens rettsanvendelse.

I førsteinstans ble betydningen av ”beneficial owner” etter canadisk-, nederlandsk-, og OECD-kommentarene 1995 og 2003 til artikkel 10, trukket frem som relevante rettskilder, samt definisjoner fra common law-, og civil law land. Retten i førsteinstans vurderte grundig begrepets betydning på bakgrunn av den britiske Indofood-dommen⁵³ og rettspraksis fra Canadisk høyesterett. Henvisningen til den britiske Indofood-dommen viser at rettskilder fra andre land ble ansett som relevante av retten.

Selv om domstolene henviser til de internasjonale kildene, blir det ikke foretatt noen rettslig analyse. Det kan derfor synes som om retten særlig vektla den nasjonale rettspraksisen og betydningen av begrepet etter canadisk internrett. Det samme fremholdes av Arnold⁵⁴ ”*although in both the Prévost Car and Velcro cases the Tax Court did not deal explicitly with the question of which country’s meaning of beneficial owner should apply, the Court clearly applied the meaning under Canadian law.*”⁵⁵

Ettersom rettens vurdering i både Prévost Car- og Velcro-dommen var påvirket av canadisk internrett, innebærer det at retten falt tilbake på begrepsdannelser fra canadisk internrett, eller utgjorde nasjonal rettspraksis kun et bidrag til å belyse det autonome begrepets definisjon?

⁵³ Indofood-dommen.

⁵⁴ Arnold (2013).

⁵⁵ Arnold (2013), side 48.

Arnold⁵⁶ hevder at Prévost Car-dommen burde tillegges begrenset betydning ved forståelsen av ”beneficial owner”-begrepet på et internasjonalt nivå, ettersom han mener retten falt ned på canadiske begrepsdannelser. Han fremhever at dommens rettskildebruk kan være en følge av at ”beneficial owner”-begrepet allerede eksisterer i Canada og at domstolen hadde et begrenset utvalg av rettskilder. Samlet kan det tale for at domstolen i Prévost Car og Velcro la til grunn en nasjonal forståelse av ”beneficial owner”.

På den andre siden kan det hevdes at innslaget av både internasjonale⁵⁷- og nasjonale rettskilder fra andre jurisdiksjoner medfører at det går for langt å fastslå at retten utelukkende la til grunn den canadiske forståelsen av begrepet. Det kan ikke utelukkes at retten tolket begrepet autonomt, selv om retten bygget på kilder fra canadisk internrett, hvis de samme rettskildene er relevante også for andre land. Det kan heller ikke utelukkes at resultatet ville blitt det samme både etter et canadisk internrettslig begrep og et internasjonalt begrep.

Etter min mening er finnes ikke noe klart svar på hvorvidt retten i Prévost Car tolket begrepet autonomt, hvor canadiske internrettslige rettskilder bidro med å *belyse* begrepets innhold, eller om retten falt tilbake på en canadisk internrettslig begrepsdannelse. Jeg er imidlertid mest tilbøyelig til det siste alternativet, nemlig at det ikke ble lagt til grunn at ”beneficial owner” var et autonomt begrep. Prévost Car-dommen ble avsagt i 2009. På det tidspunktet var diskusjonen hvorvidt en autonom eller en nasjonal tolkningsstil skulle anvendes ikke like aktuell som den er i dag. Det kan tenkes å ha påvirket rettens vurdering i henhold til vektlegging av rettskilder.

Det er interessant at retten i Velcro-dommen tillå internasjonale kilder såpass liten vekt. Som tidligere nevnt var resultatet i dommen i det vesentlige basert på Prévost Car-dommens rettsanvendelse. Rettens øvrige bruk av rettskilder var refererende. For eksempel er det referert til kommentarene fra 1977 og 2003, og OECD Conduit Companies Report,

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ OECD kommentarene 1995 og 2003.

uten at det heller her ble foretatt en analyse.⁵⁸ Domsavsigelsen i Velcro-dommen kom på et tidspunkt hvor det internasjonale klima var rettet mot å legge til grunn en autonom tolkning. Således forelå det et større insentiv enn i Prévost Car-dommen til å legge til grunn en autonom forståelse av ”beneficial owner”-begrepet.

3.3.2 Civil law-land

I Danmark kan det synes å være en utvikling i hvilken grad domstolene anvender danske internrettslige rettskilder ved tolkningen av ”beneficial owner”-begrepet. Bundgaard og Winther-Sørensen⁵⁹ kommer til at dansk rettspraksis til og med 2007 er tilbøyelige til å anvende den danske internrettslige forståelsen. ”Beneficial owner”-begrepet eksisterer ikke allerede i dansk internrett, men ”retmæssig ejer” blir brukt som den danske oversettelsen. I det følgende vil jeg gjennomgå dansk rettspraksis fra og med 2011, for å undersøke hvorvidt, og i tilfelle i hvilken grad, danske internrettslige begreper anvendes.

3.3.2.1 Danmark: ISS 1-dommen

ISS 1-dommen⁶⁰ fra Østre Landsret gjaldt utbyttebeskatning. Et dansk selskap (HoldCO A A/S) delte ut utbytte til sitt morselskap i Luxembourg (HoldCo H1 Sarl.). Morselskapet lånte deretter en stor del av utbyttet tilbake til HoldCo A A/S. Deretter utførte HoldCO A A/S en kapitalforhøyelse i et av sine danske datterselskaper (HoldCO D A/S), ved å bruke midlene de hadde lånt av morselskapet. Datterselskapet brukte disse midlene til et oppkjøp av et nytt dansk selskap. På slutten av regnskapsåret var lånet fra morselskapet konvertert som aksjer hos HoldCO S A/S. Spørsmålet i saken var om morselskapet HoldCo H1 Sarl. var å anse som ”beneficial owner” av det mottatte utbyttet fra HoldCO S A/S.

⁵⁸ Prévost Car-dommen 2008, para.31-39.

⁵⁹ Bundgaard og Winther-Sørensen (2007), side 508-524.

⁶⁰ SKM 2012.121ØLR.

Selskapet hevdet at dansk internrett hadde betydning for tolkingen av ”beneficial owner”-begrepet. I den forbindelse ble det henvist til dansk juridisk litteratur⁶¹, hvor det ble fremhevet at danske domstoler har vært tilbøyelige med å tolke ”beneficial owner”-begrepet etter dansk internrett.

Retten kom til at morselskapet var ”beneficial owner” av det mottatte utbyttet. Det ble uttalt at begrepet, så langt det lot seg gjøre, skulle tolkes i overensstemmelse med den internasjonale forståelsen. Det ble i den forbindelse vist til OECD-kommentarene fra 2003, rapporten fra the Committee on Fiscal Affairs fra 1986 og Indofood-dommen. Det er verdt å merke seg at retten verken diskuterte eller refererte til anførselen vedrørende betydningen av den danske internrettslige forståelsen av begrepet. Det ble ikke direkte uttalt, men Landsrettens bruk av rettskilder tilsier at ”beneficial owner”-begrepet så langt det lot seg gjøre, ble tolket autonomt.

3.3.2.2 Danmark: HHU-saken

HHU-saken,⁶² avsagt av Landsskatteretten, gjelder kildeskatt på renter fra et lån hvor opprinnelig kreditor er et selskap hjemmehørende på Jersey (G1), mens debitor er et dansk selskap (H1). Danmark og Jersey har ikke inngått skatteavtale og kildeskatt på renter blir beskattet 25 prosent fra Danmark til Jersey.

⁶¹ Bundegaard og Winther-Sørensen(2007), side 508-524.

⁶² SKM 2011.57 LSR.

I 2002 ble det danske selskapet kjøpt opp av selskapet hjemhørende på Jersey. I 2003 ble det foretatt en omstrukturering av konsernet som førte til opprettelsen av to mellomliggende svenske selskaper (G5 og G4). I motsetning til Danmark, har Sverige inngått skatteavtale med Jersey som gir en kildeskatt på 0 prosent. Aksjene i det danske selskapet ble deretter overdratt til de to svenske selskapene. I den forbindelse ble det utstedt to lån. Et av gjeldsbrevene ble utstedt av det svenske selskapet G5 til morselskapet hjemhørende på Jersey G1. Det vil si at G5 var debitor, mens G1 var kreditor. Det andre gjeldsbrevet ble utstedt av det svenske selskapet G4 til det danske selskapet H1. G4 var debitor, mens H1 var kreditor. Dermed gikk renteinntekten fra Danmark til Sverige. De to gjeldsbrevene var likelydende, i henhold til blant annet rentebetaling og avdrag. Det var heller ikke avtalt en nedbetalingsplan. De to svenske selskapene hadde verken ansatte eller kontorer. Ut over at G4 mottok renter fra det danske selskapet, kom det også frem at de to svenske selskapene ikke hadde annen funksjon enn å motta aksjene fra det danske selskapet. Spørsmålet i saken var om G4 var å anse som "beneficial owner" av rentene.

Retten kom her til at G4 ikke var "beneficial owner" av rentebetalingen. I relasjon til "beneficial owner"-begrepet viste retten til OECD-kommentarene fra 2003 vedrørende MTC artikkel 11 nr. 8. I den forbindelse uttalte retten

*" Begrebet "beneficial owner" er ikke kendt fra dansk ret, men er kendt fra bl.a. common law retstraditioner. Der kan således ikke uden videre sættes lighedstegn mellem indholdet af dette begreb og det i dansk ret anvendte udtryk "rette indkomstmodtager". Ved fortolkning af begrebet "beneficial owner" må indgå et hensyn til en harmoniseret fortolkning af begrebet, jf. kommentarerne i relation hertil."*⁶³

Retten uttaler videre at forståelsen av "beneficial owner" må søkes gjennom en harmonisert tolkning, hvoretter det vises til OECD-kommentarene fra 2003. Domstolen sier med dette ikke uttrykkelig at det skal legges til grunn en autonom fortolkning av begrepet. Likevel

⁶³ SKM 2011. 57 LSR, landsskatterettens bemærkninger og begrundelse.

tilsier uttalelsen etter mitt syn at det legges til grunn at ”beneficial owner” er et autonomt begrep. Denne slutningen er også støttet i juridisk litteratur.⁶⁴

Videre fremkommer det at det danske uttrykket ”rette inkomstmodager”, ikke uten videre kan anses å samsvare med ”beneficial owner”-begrepet. Uttalelsen kan tolkes på flere måter. For det første kan det tilsi at ”beneficial owner”-begrepet skal tolkes på bakgrunn av internasjonale kilder, altså at Landsskatteretten ikke anså en eventuell internrettslig forståelse som relevant. For det annet kan uttalelsen tolkes som å ikke helt utelukke en internrettslig forståelse, men for dette konkrete tilfellet var ikke det danske uttrykket ”rette inkomstmodager” relevant. Isolert sett og tatt på ordet, er det ikke annet som fremkommer av uttalelsen.

Etter min mening er den sistnevnte forståelsen av uttalelsen den mest nærliggende. Det vil med andre ord si at retten ikke utelukket at internrettslige rettskilder vedrørende tolkningen av begrepet kunne tenkes å belyse det autonome begrepets innhold. Forutsetningen er imidlertid at den internrettslige forståelsen eller begrepet samsvarer med det som ellers er antatt å være innenfor ”beneficial owner”-begrepets anvendelsesområde.

3.3.2.3 Sverige: HDF 2012 not.24

Högsta Forvaltningsdomstolen har nylig kommet med en ny avgjørelse.⁶⁵ For første gang, i svensk rettspraksis, behandles forhold som relaterer seg til ”beneficial owner”-begrepet. Domstolen tolket vilkåret ”den som faktisk har rätt till inkomsten”⁶⁶, ved spørsmål om redusering av skattesatsen for renteinntekter, og således ble ”beneficial owner”-begrepet ikke direkte anvendt. Det fremkommer av forarbeidene til den aktuelle svenske bestemmel-

⁶⁴ Bundgaard (2013), side 103.

⁶⁵ HDF 2012 not. 24.

⁶⁶ Inkomstskattelagen, 24 kap. 10 d § inkomstskattelagen (1999:1229).

sen at den skal ha samme betydning som ”beneficial owner”-begrepet.⁶⁷ Det fremholdes av Kleist⁶⁸ at avgjørelsen dermed er relevant for tolkningen av ”beneficial owner”, og vil gi en indikasjon på hvordan begrepet vil bli tolket i fremtidige svenske avgjørelser.

Faktum i saken er komplisert, og det vil for dette formål bare gis en kort fremstilling. Et svensk selskap (S AB) hadde utstedt et gjeldsbrev (lån A) til et nederlandsk selskap (N BV X). Det nederlandske selskapet er dermed kreditor, mens det svenske selskapet er debitor. De mottatte renteinntektene ble benyttet av det nederlandske selskapet til utbyttebetaling til et annet nederlandsk selskap (H BV), som eide aksjer i N BV. Utbyttebetalingen tilsvarte renteinntektene fra lån A. H BV benyttet deretter det mottatte utbyttebeløpet til å betale renter på deres gjeld (lån B) hos det amerikanske selskapet LLC. N BVs renteinntekter på lån A ble sammenblandet med H BVs renter på lån B, ettersom de inngikk i samme fiskale enhet. Sammenblandingen av renteinntektene fra lån A og B ble muliggjort på grunn av nederlandske regler som innebærer at flere konsernselskaper kan regnes som ett subjekt. Ettersom N BV hadde renteinntekter og H BV hadde renteutgifter oppveide fradragene inntektene. Det medførte at det ikke oppsto en effektiv beskatning av renteinntektene i Nederland. Heller ikke LLC ble beskattet i USA for deres renteinntekter på grunn av de amerikanske ”check the box”-reglene. Reglene kom til anvendelse ettersom LLCet eide H BV. Spørsmålet i saken var om det nederlandske morselskapet hadde ”faktisk har rätt till inkomsten”.⁶⁹

Retten kom til at det nederlandske morselskapet ikke var den som ”faktisk har rätt till inkomsten”. Ettersom svenske regler ble tolket, ble det utelukkende anvendt svenske internrettslige rettskilder. Som nevnt ovenfor var det svenske begrepet ansett som å ha det samme innholdet som ”beneficial owner”-begrepet, og dommen er antatt å få betydning for senere svenske avgjørelser vedrørende ”beneficial owner”-begrepet. Det kan tale for at retten i stor

⁶⁷ Kleist (2013), side 153.

⁶⁸ Kleist (2013), side 153.

⁶⁹ HFD 2012 not 24 og Kleist (2013) side 160.

grad åpnet for at internrettslige rettskilder kan bidra med å belyse innholdet i ”beneficial owner”-begrepet. Hvorvidt ”beneficial owner ” er et autonomt begrep, ble naturlig nok ikke tatt stilling til i saken, ettersom rettens tolkning angikk det svenske begrepet.

3.3.3 Sammenfatning: hvilken tendens kan spores i nasjonal rettspraksis?

Hvorvidt ”beneficial owner” blir ansett som et autonomt begrep i dag er ikke klart. Gjennomgangen viser at nasjonal rettspraksis ikke er enstemmig. Likevel kan det synes som om tendensen er at begrepet skal tolkes autonomt.

Drøftelsen av *Prévost Car*- og *Velcro*-dommen viser at det ikke er klart hvorvidt retten falt tilbake på canadiske internrettslige begrepsdannelser, eller hvorvidt man fremdeles kan si at retten anså begrepet autonomt. Dersom retten anså ”beneficial owner” som et autonomt begrep, tilsier rettens rettskildebruk at de åpnet opp, i stor utrekning, for at internrettslige rettskilder kan bidra med å belyse begrepets innhold.

Felles for de to danske avgjørelsene er at det ikke refereres til tidligere dansk praksis eller dansk juridisk litteratur. Internasjonale rettskilder blir utelukkende anvendt for å komme frem til betydningen av begrepet. Avgjørelsene legger dermed etter min mening til grunn en autonom tolkning av ”beneficial owner”-begrepet. Det er for tidlig å si at det har festet seg en fast dansk praksis, men samlet gir dommene uttrykk for en trend. Den svenske dommen gir uttrykk for at internrettslige kilder kan anvendes ved tolkningen av ”beneficial owner”-begrepet.

3.4 Hva vil fremtiden bringe: Vil ”beneficial owner” bli ansett som et autonomt begrep i OECD-kommentaren 2014?

I dette delkapittelet vil jeg på bakgrunn av signaler fra OECD fra 2011 og 2012 forsøke å forutse hvilket standpunkt som vil fremkomme av OECD-kommentaren 2014. Jeg vil ha for øyet de samme spørsmålene som i kapittel 3.3, nemlig hvorvidt begrepet skal tolkes autonomt, og hvis ja, kan nasjonale rettskilder være av interesse ved fastleggelsen av det autonome begrepet og i tilfelle i hvilken utstrekning?

Gjennomgangen av rettspraksis i kapittel 3.3 har vist at tendensen går i retning av å anse ”beneficial owner” som et autonomt begrep. Som nevnt ovenfor har dommene anvendt OECD-kommentarer hvor det ikke er tatt klart standpunkt til hvorvidt begrepet er autonomt eller nasjonalt. Generelt har nasjonal rettspraksis vist seg å rette seg etter OECDs-kommentarer. Hvis OECD-kommentarene 2014 går inn for å anse ”beneficial owner” som et autonomt begrep, kan det medføre at nasjonal rettspraksis i stor utstrekning kommer til å rette seg etter dette standpunktet. Det forventede innholdet i OECD-kommentarene 2014 er derfor av stor interesse.

3.4.1 Hvilket standpunktet vil bli inntatt den nye OECD-kommentaren 2014?

I forbindelse med diskusjonsnotatet⁷⁰ og Revised Proposals⁷¹ er det offentliggjort en rekke kommentarer fra høringsrundene. Samlet kan dette gi en indikasjon på hvilket standpunkt OECD vil legge seg på i OECD-kommentaren 2014.

⁷⁰ OECD diskusjonsnotat 2011.

⁷¹ Revised Proposals 2012.

I diskusjonsnotatet ble det foreslått å arbeide mot en felles internasjonal definisjon av begrepet. Høringsrunden viste at det var stor støtte for å etablere en autonom tolkning av begrepet.⁷² Et mindretall av kommentatorene var derimot uenig, og mente at man skulle se hen til internretten ved fastleggelsen av en definisjon.

Diskusjonsnotatet og høringsrunden resulterte i Revised Proposals.⁷³ Revised Proposals inneholder enkelte endringer fra diskusjonsnotatet. I paragraf 12.1 i Revised Proposals fremgår det at ” ... *it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country*”⁷⁴. Etter dette skulle begrepet tolkes i lys av den konkrete sammenhengen, og ikke nødvendigvis ha den samme betydningen som i nasjonal internrett. Det uttales ikke direkte, men uttalelsen innebærer etter min mening at definisjonen skal fastlegges på internasjonalt nivå. Dette tilsier at ”beneficial owner” anses som et autonomt begrep etter Revised Proposals.

I avsnitt 12.1 er det fjernet en setning fra diskusjonsnotat. I forhold til overnevnte problemstilling er den slettede setningen, som sitert nedenfor, interessant å merke seg.

*”This does not mean, however, that the domestic law meaning of “beneficial owner” is automatically irrelevant for the interpretation of that term in the context of the Article: that it is consistent with the general guidance included in this Commentary”.*⁷⁵

Det fremkommer av uttalelsen at internrettslige rettskilder ikke nødvendigvis er irrelevante ved tolkningen. Hvorfor setningen ble slettet er ikke åpenbart. Et alternativ er at setningen ble fjernet fordi OECD mente den vanskelig kunne forenes med et autonomt begrep. En tolkning av setningen kan gå langt i å akseptere en internrettslig forståelse av begrepet. I

⁷² OECD diskusjonsnotat 2011.

⁷³ Revised Proposals 2012.

⁷⁴ *ibid.* artikkel 10 paragraf 12.1.

⁷⁵ *I.c.*

lys av dette kan det hende man fryktet at internrettslige rettskilder skulle få en større betydning enn tilsiktet.

Kommentarene etter høringsrunden viser at det er uenighet omkring hvorvidt avsnittet burde strykes og hvilken betydning avsnittet har for den autonome tolkningen.⁷⁶ Flertallet av kommentarene mener imidlertid at om avsnittet hadde vært med, ville det føre til usikkerhet i henhold til den autonome tolkningen. Dette fremkommer blant annet av Ernst & Young sin uttalelse:

*“We also welcome the removal of the last sentence of paragraph 12.1 relating to the relevance of the domestic law meaning of “beneficial owner”. We agree that the removal of this sentence helps avoid any potential confusion regarding the important point made in paragraph 12.1 that “beneficial owner” has autonomous meaning in the treaty context and should be read in light of the object and purpose of the Convention”*⁷⁷

Uttalelsen går klart inn for å legge til grunn en autonom tolkningsstil. Det fremheves også at ved å fjerne setningen, vil man kunne unngå forvirring i henhold til standpunktet om at ”beneficial owner” skal anses som et autonomt begrep.

Av kommentaren til ICAEW tax Faculty⁷⁸ fremgår det som følger:

“ We are also concerned that the removal of comments in paragraph 12.1 to the Commentary as to the relative importance of the domestic law meaning of “beneficial owner” detracts from the position of the earlier draft which did seek to give a clear answer to the on-

⁷⁶ Kommentar etter høringsrunden: European Business Initiative (2012) og The Voice of OECD Business (2012).

⁷⁷ Kommentar etter høringsrunden: Ernst and Young (2012).

⁷⁸ The Institute of Chartered Accountants in England and Wales.

going debate as to whether the test is to be addressed as a treaty concept or should be interpreted by reference to domestic law.” ⁷⁹

Hvordan kommentaren skal tolkes er uklart. Direkte oversatt uttrykkes det her en skepsis mot å fjerne setningen som henviser til en internrettslig forståelse av ”beneficial owner”-begrepet. Det fremholdes at det vil innebære at man går bort fra standpunktet i diskusjonsnotatet, som forsøkte å klargjøre hvorvidt ”beneficial owner” skal anses som et autonomt begrep eller om det skulle tillegges en internrettslig forståelse.

Etter min mening er det i utgangspunktet nærliggende å tro at fjerning av setningen heller vil føre til større klarhet. Å fjerne setningen vil medføre at nasjonale rettskilder får en mindre rolle enn det som fremgår av det forrige utkastet. Det inngår i samme linje som den generelle tendensen i Revised Proposals og flertallet av kommentarene etter høringsrunden. Det er verdt å merke seg at ICAEW Tax Faculty er et britisk institutt. Generelt har common law-land i større grad åpnet opp for innflytelse av internrettslig forståelse av begrepet, sammenlignet med civil law-landene. Etter min mening er det likevel nærliggende å tro at setningen ikke vil forekomme i OECD-kommentaren 2014, ettersom flertallet av kommentatorene gikk inn for å fjerne den.

3.4.2 Sammenfatning og vurdering av signalene fra OECD Revised Proposals 2012 og kommentarene dertil.

Samlet sett viser Revised Proposals og kommentarene etter høringsrunden at det klart går inn for å anse ”beneficial owner” som et autonomt begrep. På bakgrunn av signalene fra OECD, er nyere juridisk litteratur kommet til at en autonom tolkningsstil er ønskelig, og at en slik tolkningsstil vil bli lagt til grunn i OECD-kommentarene 2014.⁸⁰ Flere kommenta-

⁷⁹ *ibid.* Kommentar etter høringsrunden (2012).

⁸⁰ Furuseth (2013), side 175.

torer fremhever også et ønske om en ytterligere presisering, som gjør det uttrykkelig klart at en autonom tolkningsstil skal anvendes.⁸¹ Det er således nærliggende å tro at OECD-kommentarene 2014 går inn for en autonom tolkning.

Det er mer uklarhet omkring hvorvidt internrettslige rettskilder skal kunne belyse innholdet, og i tilfelle i hvor stor grad. Denne uklarheten kommer til uttrykk ved diskusjonen om hvorvidt setningen i Revised Proposals avsnitt 12.1 skal slettes eller ikke. Selv om det skulle vise seg at setningen ikke er inntatt i OECD-kommentaren 2014, vil det etter min mening ikke utelukkes at internrettslige rettskilder likevel kan bidra i tolkningen av ”beneficial owner”. Det er imidlertid betinget av at nasjonale domstoler anser internrettslige rettskilder fra eget og andre land som relevante. Å stenge for en slik adgang kan medføre at begrepet får et statisk preg, og at det blir mindre tilpasningsdyktig i forhold til variasjonene i states systemer.

⁸¹ The Voice of OECD Business (2012).

4 "Beneficial owner"-begrepets innhold

4.1 Innledning

I dette kapittelet skal jeg forsøke å kartlegge "beneficial owner"-begrepets innhold. Jeg skal undersøke hvilke tilfeller som omfattes av begrepet og hvilke som faller utenfor. "Beneficial owner"-begrepets rekkevidde har vært gjenstand for diskusjon helt siden begrepet ble innført i mønsteravtalen i 1977, og er fremdeles uavklart.⁸² Jeg vil behandle ordlyden i MTC artikkel 10 nr. 2, OECD-kommentarene og hvordan nasjonal rettspraksis har praktisert begrepet.

De forutgående kapitlene i fremstillingen har lagt premisser for dette kapittelet. I kapittel 2 kom det frem at nyere OECD-kommentarer anses som relevante ved tolkningen av eldre skatteavtaler. De foreliggende kommentarene vil således kunne anvendes som rettskilde også her. I kapittel 3 kom jeg til at "beneficial owner" skal anses som et autonomt begrep, hvor internrettslige rettskilder i større eller mindre grad bidrar med å belyse begrepets nærmere innhold. "Beneficial owner"-begrepets vil dermed ha den samme rekkevidden i forskjellige land.

Den overordnede problemstillingen i dette kapittelet er hvilke momenter som inngår i vurderingen av hvorvidt mottakeren av et utbytte over landegrenser er "beneficial owner". Når det er tatt stilling til hvilke momenter som er relevante å ta i betraktning, blir neste spørsmål hvordan disse skal vurderes i forhold til hverandre. Et alternativ er å definere ett eller flere nødvendige vilkår som må være oppfylt, og som sammen er tilstrekkelige for å klassifisere mottakeren som "beneficial owner". Et annet alternativ er å anse de ulike faktorene som momenter i en samlet helhetsvurdering, hvor man kan løfte frem tungtveiende momenter. Et siste alternativ er en kombinasjon mellom nødvendige kriterier og relevante momenter som samlet inngår i en helhetsvurdering.

⁸² Furuseth (2013), side 171.

Det er internasjonal enighet om at agentforhold og stråmenn ikke omfattes av ”beneficial owner”-begrepet.⁸³ En agent opptrer åpent på vegne av hovedmannen, mens en stråmann er en proforma eier.⁸⁴ Hvorvidt mottakeren av utbytte er agent eller stråmann, kan reise vanskelige bevissspørsmål. En nærmere redegjørelse av disse forholdene vil føre for langt i denne fremstillingen.

Gjennomstrømningsselskaper anses å ligge i yttergrensen av begrepets anvendelsesområde.⁸⁵ En kartlegging av når et gjennomstrømningsselskap har tilstrekkelig med beføyelser over det mottatte utbyttet, vil dermed ha stor betydning for hvilke momenter som inngår i ”beneficial owner”-vurderingen. Av den grunn vil jeg vinkle spørsmålet mot gjennomstrømningsselskaper, og spørre under hvilke omstendigheter et gjennomstrømningsselskap anses for ”beneficial owner”.

⁸³ OECD kommentaren 2010, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.1.

⁸⁴ Norsk Internasjonal Skatterett (2011), side 306.

⁸⁵ OECD kommentaren 2010, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.1.

4.2 Under hvilke omstendigheter anses et gjennomstrømningselskap som ”beneficial owner”?

4.2.1 Innledende analyse av ordlyden i MTC artikkel 10 nr. 2

I dette avsnittet skal jeg undersøke hvorvidt ordlyden i MTC artikkel 10 nr. 2⁸⁶ gir veiledning om hvilke momenter som inngår i vurderingen. Noen momenter kan umiddelbart utledes av ordlyden ”beneficial owner”.

Innenfor ordlyden ”owner” er det flere alternative forhold som kan tenkes å være av betydning. Det kan være naturlig å se hvorvidt mottakeren fremstår som eier utad, eksempelvis hvorvidt mottakeren har formelt eierskap til utbyttet. Det kan også tenkes at momenter i relasjon til reelt eierskap er av betydning. Eksempelvis hvorvidt det er knyttet risiko til eierskapet eller om mottakeren har rådighet over utbyttet.

Ordlyden ”beneficial” tilsier at eieren må være den som oppnår fordelene med utbyttet. Det kan tolkes strengt med et krav om at mottakeren av utbyttet er den som direkte oppnår fordelene. En lempeligere tolkning kan være at også utbytter som har endret karakter før de ender opp hos det bakenforliggende leddet omfattes. Eksempelvis kan et utbytte på veien gjennom et mellomledd bli endret til et konsernbidrag.

Det kan imidlertid ikke utledes av ordlyden ”beneficial owner” hvorvidt disse momentene er relevante eller hvorvidt det skal foretas en streng eller lempelig vurdering. Andre rettskilder må vurderes for å kartlegge det nærmere innholdet i begrepet.

⁸⁶ MTC artikkel 10 nr. 2.

4.2.2 Signaler fra OECD-kommentarene

I OECD-kommentaren 2003 vises det til gjennomstrømningsselskaper. Det fremgår at gjennomstrømningsselskaper normalt ikke kan anses som ”beneficial owner” av et mottatt utbytte.⁸⁷ Et gjennomstrømningsselskap vil normalt ha svært begrensede beføyelser over det mottatte utbyttet.

I Revised Proposals er det gitt en nærmere begrunnelse for hvorfor et gjennomstrømningsselskap som handler som en administrator ikke kan anses som ”beneficial owner”. Som nevnt i kapittel 2, går begrunnelsen ut på at det ofte foreligger en kontraktsrettslig forpliktelse til å videreformidle utbyttet. Det fremkommer også at en slik forpliktelse ikke nødvendigvis behøver å fremgå av en kontrakt. I disse tilfellene kan det være tilstrekkelig at forpliktelsen fremgår av omstendighetene. En forutsetning for at en kontraktsrettslig forpliktelse stenger for adgangen til å anse et gjennomstrømningsselskap som ”beneficial owner”, er at det er klart at mottakeren ikke har rett til å bruke eller dra nytte av utbyttet.⁸⁸ I disse tilfellene er der altså en relativt streng vurdering som legges til grunn.

OECD-kommentaren fra 2003, som henvist til ovenfor, har inntatt en uttalelse fra the Committee on Fiscal Affairs rapport “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, som sier at *“a conduit company cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it, in relation to the income concerned, a mere fiduciary or administrator acting on account of the interested parties”*.⁸⁹

Uttalelsen fremstår nærmest som en angivelse av at det ikke er tilstrekkelig å være formell eier. Det vil etter min mening føre for langt å tolke uttalelsen som at det foreligger et vilkår

⁸⁷ OECD kommentaren 2010, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.1.

⁸⁸ Revised Proposals, para 12.4.

⁸⁹ OECD kommentaren 2003, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.1.

om formelt eierskap. Et vilkår om formelt eierskap er ikke forenelig med en situasjon hvor man kommer til at den formelle eier ikke er den samme som ”beneficial owner”, men en annen. I et slikt tilfelle er nettopp den formelle eier ikke ”beneficial owner”.

Utover det gir ikke kommentarene særlig veiledning, men det som derimot synes åpenbart er at formelt eierskap inngår som et moment og at det i tillegg må foretas en vurdering av de reelle eierforhold.

4.2.3 Nasjonal rettspraksis

En analyse av hvordan nasjonal rettspraksis foretar ”beneficial owner”-vurderingen, kan indikere hvilke momenter som er av betydning. Utvalget av nasjonal rettspraksis er gjort på bakgrunn av dommer av relativt nyere dato og representasjon av både common law og civil law land. HHU-saken gjelder kildeskatt på renter, mens Velcro-saken gjelder kildeskatt på royalties. Selv om oppgaven retter fokuset mot kildeskatt på utbytte, ville disse dommene være relevante da problemstillingen er den samme.

4.2.3.1 Civil law-land

4.2.3.2 Danmark: HHU-saken

I den danske HHU-saken⁹⁰ kom Landsskatteretten til at et svensk selskap (G4) ikke var ”beneficial owner” av mottatte renteinntekter fra et dansk selskap. Faktum i dommen er gjengitt i kapittel 3.3.2.2.

⁹⁰ SKM 2012.57 LSR.

Landskatteretten viste til OECD-kommentarene fra 2003 og 2010, som sitert ovenfor⁹¹. Det kan synes som retten sluttet seg til kommentarens beskrivelse av når et gjennomstrømningselskap kan anses som "beneficial owner". Retten vurderte hvorvidt G4 var "beneficial owner" utover det rent formelle eierskapet og dermed om selskapet var å anse som en administrator av utbyttet. Det ble lagt vekt på at G4 ikke hadde andre inntekter enn renteinntektene fra det danske selskapet, og at det hadde negativ skattepliktig inntekt. Renteinntekten ble således kanalisert gjennom det svenske selskapet uten at det ble beskattet i Sverige. Det ble også lagt vekt på at det var samme avtalevilkår, herunder samme rentesats og forfallsdato, på de to lånene. Det gir preg av ren gjennomstrømning. De to svenske selskapene hadde ikke kontorlokaler eller ansatte. Administrasjonen ble utført en uavhengig innleid tredjepart.

Rettens vurdering av om G4 er "beneficial owner" ser ut til å konsentrere seg om dets egenskaper og befyelser. Det finnes ikke holdepunkter i rettens vurdering for å påstå at et moment fremstår som et nødvendig vilkår. Momentene som vektlegges, eksempelvis administrator, har en så vid karakteristikk at det ikke ville egnet seg som et absolutt vilkår. Retten løfter imidlertid frem betydningen av det mottakende selskapets funksjoner. I lys av det foregående er jeg kommet til at retten la opp til en samlet helhetsvurdering.

4.2.3.3 Danmark: ISS 1-dommen

I ISS 1-dommen ble et selskap hjemhørende i Luxembourg (HoldCo H1 S.à.r.l.) ansett som "beneficial owner" av utdelt utbytte fra et dansk selskap (HoldCO A A/S).⁹² Faktum er gjengitt i kapittel 3.3.2.1..

I forbindelse med vurderingen av om HoldCo H1 S.à.r.l var "beneficial owner", kom retten

⁹¹ OECD kommentaren 2003, artikkel 11, punkt 8.1.

⁹² SKM 2012.121 ØLR og Furuseth (2013), side 192.

med følgende uttalelse om gjennomstrømningsselskaper

*” Som følge heraf anses udbyttmodtagere, der er agenter, mellemænd og "gennemstrømningsselskaber" ikke for retmæssige ejere af udbyttet. For så vidt angår "gennemstrømningsselskaber" er det dog en betingelse, at selskabet har meget snævre beføjelser, som, i relation til udbyttet, gør det til en "nullitet" eller administrator. Det forhold, at en udbyttmodtager har meget snævre beføjelser i relation til udbyttet, kan ikke i sig selv medføre, at det ikke er retmæssig ejer.”*⁹³

Det er uklart hvordan uttalelsen skal tolkes. For det første fremgår det her at gjennomstrømningsselskaper ikke anses som ”beneficial owner”. Det er betinget av at selskapet har svært snevre beføyelser, som gjør det til en administrator over utbyttet. Det uttales videre at å ha snevre beføyelser over et utnyttet, i seg selv ikke utelukker å bli ansett som ”beneficial owner”. I lys av dette kan uttalelsen nærmest virke selvmotsigende. Det kan imidlertid sluttes av uttalelsen at et selskap må ha reelle beføyelser over utbyttet for å blir ansett som ”beneficial owner”.

Retten legger vekt på at HoldCo H1 S.à.r.l hadde få funksjoner og registrert adresse i Luxembourg, men ingen ansatte. Det kan tale i retning av at HoldCo H1 S.à.r.l. var en formynders eller administrator. At et mottakende selskap har få funksjoner utover å motta et utbytte, er en egenskap som går igjen som et relevant moment.⁹⁴

Rettens begrunnelse kan tale for at det avgjørende momentet var hvor utbyttet endte opp. Det uttales følgende:

”Idet H1 S.à.r.l. ikke har viderekanalisert det pågældende udbytte til dets moderselskab, KH S.à.r.l. eller dets aktionærer, men i stedet har anvendt udbyttet til udlån til Selskabet,

⁹³ SKM 2012.121 ØLR.

⁹⁴ For eksempel OECD kommentaren 2003 og HHU-dommen.

hvorfra det er anvendt til kapitalforhøjelse i H2 A/S, der endeligt har anvendt beløbet til køb af H2.1 A/S, kan H1 S.à.r.l. ikke i relation til dette udbytte anses for et "gennemstrømningselskab".⁹⁵

Ettersom HoldCo H1 S.à.r.l. ikke videre-kanaliserte det mottatte utbytte til morselskapet eller dets aksjonærer, men i stedet benyttet utbyttet til å utstede et lån til HoldCo S A/S, anså ikke retten HoldCo H1 S.à.r.l. som et gjennomstrømningselskap som faller utenfor "beneficial owner"-begrepets anvendelsesområde. Det ble dermed lagt mindre vekt på selskapets funksjoner. Det tilsier at retten anså momentet som mindre sentralt. Dommen legger dermed etter min mening opp til en høy terskel for å bli ansett som "beneficial owner".

4.2.3.4 Common law-land

4.2.3.5 Canada: Prévost Car-dommen

I Prévost Car-dommen⁹⁶ kom både førsteinstans og ankeinstansen til at mottakeren av et utbytte var "beneficial owner". Faktum er beskrevet i kapittel 3.3.1.2.

I førsteinstans ble det gitt en generell beskrivelse av hvilke forhold som faller innenfor "beneficial owner"-begrepets anvendelsesområde:

"... the "beneficial owner" of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividend he or she received. The person who is beneficial owner of the dividend is the person who enjoys and assumes all the attributes of ownership. In short the dividend is for the owner's own benefit and this person is not accountable to anyone for how he or she deals with the dividend in-

⁹⁵ SKM 201.121 ØLR, "Landsskatterettens bemærkninger og begrundelse".

⁹⁶ Prévost Car-dommen 2009.

come”⁹⁷.

Isolert sett gir uttalelsen inntrykk av at det legges til grunn en høy terskel for å bli ansett som ”beneficial owner”. Mottakeren er den som drar nytte av og overtar alle egenskapene knyttet til utbyttet. Mottakeren må således stå fritt til å råde over utbyttet.

Begrunnelsen for å anse Prévost Holding som ”beneficial owner” var at det var ” *no pre-determined or automatic flow of funds*”⁹⁸ til sine aksjonærer. I sin avgjørelse la retten vekt på at Prévost Holding var registret som eier av aksjene, var den formelle kjøper og dets kreditorer hadde tilgang til midlene. Som kjent forelå det en aksjonæravtale mellom Henlys og Volvo, som gikk ut på at minimum 80 prosent av overskuddet i Prévost Holdings skulle deles ut som utbytte. Retten la vekt på at Prévost Holding ikke var rettslig forpliktet etter avtalen.

Det kan synes som retten vurderte momentene samlet i en helhetsvurdering. Det at Prévost Holdings ikke var kontraktsrettslig forpliktet til å dele utbyttet videre til sine aksjonærer fremstår som et sentralt moment. Ut over det ble det vektlagt at besittelsen av utbyttet innebar en risiko for Prévost Holdings, ettersom utbyttet var tilgjengelig for dets kreditorer. Dette kan tale for at det legges til grunn en svært lav terskel for å bli ansett som ”beneficial owner” i Prévost Car-dommen. Den lave terskelen samsvarer ikke med domstolens generelle utsagn sitert ovenfor.

Prévost Car-dommen ble avsagt i 2009. Som nevnt ovenfor var fravær av kontraktsrettslig forpliktelse et sentralt moment. Et spørsmål er hvordan dette momentet ville blitt vurdert om dommen ble avsagt etter utgivelsen av OECD-kommentaren 2014. Som nevnt ovenfor fremgår det av Revised Proposals, som antas å gi uttrykk for innholdet i OECD-kommentaren 2014, at en forpliktelse også kan utledes av omstendighetene. Forpliktelsen

⁹⁷ Prévost Car-dommen 2008, para 100.

⁹⁸ *ibid*, para 102.

må imidlertid angå utbyttet direkte.⁹⁹

Det er uklart hvorvidt det kan utledes av de øvrige omstendighetene at en sådan forpliktelse forelå. Aksjonæravtalen var som kjent mellom Prévost Holdings to aksjonærer, Henlys og Volvo. Ettersom avtalen forutsetter at aksjonærene skal motta utbytte fra Prévost Holdings, og regulerer hvordan utbyttet skal fordeles dem imellom, tilsier det at det lå i kortene at de skulle motta utbyttet av Prévost Holding. På denne bakgrunn kan det argumenteres for at aksjonæravtalen gir holdepunkter for at Prévost Holdings var forpliktet, selv om Prévost Holdings ikke formelt var bundet av avtalen.

4.2.3.6 Canada: Velcro-dommen

Velcro-dommen¹⁰⁰ er tidligere henvist til i kapittel 3.3.1.2. i forbindelse med Prévost Car-dommen. Faktum er imidlertid ikke redegjort for tidligere. Et nederlandsk selskap (Velcro Holdings) ble brukt til å kanalisere royalties fra et canadisk selskap (Velcro Canada Inc), til et selskap hjemhørende i de Nederlandske Antiller (Velcro Industries BV). De tre selskapene er del av Velcro-gruppen som driver med produksjon og salg av borrelåser. Spørsmålet var hvorvidt Velcro Holdings var ”beneficial owner” av royaltyene.

Velcro Canada betalte royalties til Velcro Industries i henhold til en lisensavtale fra 1987.¹⁰¹ Avtalen ga Velcro Canada rett til å bruke Velcro Industries’ immaterielle rettigheter. På den tiden var Velcro Industries hjemhørende i Nederland. Fra 1987 til 1995 betalte

⁹⁹ Revised Proposals, artikkel 10 nr.2, avsnitt 12.4.

¹⁰⁰ Velcro Canada Inc.v. Her Majesty the Queen.

¹⁰¹ ibid. para 2.

Velcro Canada royalties til Velcro Industries med en canadisk kildeskatt på 10 prosent, i henhold til skatteavtalen mellom Nederland og Canada.

Etter en reorganisering i Velcro Group flyttet Velcro Industries fra Nederland til de Nederlandske Antiller. Det var ikke inngått skatteavtale mellom de Nederlandske Antiller og Canada. Velcro Industries overdro sine rettigheter og forpliktelser til Velcro Holdings. Velcro Holdings var tildelt retten til å utstede lisenser og motta royalties fra Velcro Canada. Velcro Holdings betalte en prosentandel av inntekten fra de lisensierte produktene til Velcro Industries. Betalingen skulle skje innen 30 dager etter at Velcro Holdings hadde mottatt royaltyene fra Velcro Canada. Inntekten utgjorde ca. 90 prosent av royalty-innbetalingene fra Velcro Canada.¹⁰² Eierskapet av de immaterielle rettighetene forble likevel hos Velcro Industries. Det ble således skilt mellom eierskapet til de immaterielle rettighetene og retten til å inngå lisensavtaler og motta royalty. Det var altså tale om en viderelicensiering, først en avtale mellom Velcro Industries og Velcro Holdings, deretter en avtale mellom Velcro Holdings til Velcro Canada.

Faktum er knapp angående Velcro Holdings. Styret møttes provisorisk og ingen møtereferater ble beholdt. Det kom heller ikke frem hvorvidt selskapet hadde kontorer eller ansatte. Faktum om hvordan royaltyene ble flyttet fra Velcro Canada til Velcro Holdings og deretter til Velcro Industries er ikke fullstendig. Velcro Holdings mottok royaltyene fra Velcro Canada i canadiske dollar. Beløpene ble blandet med selskapets øvrige midler. Kontoen med de blandede midlene ble brukt til nedbetaling av lån, utgifter til drift og utbetalinger til Velcro Industries. Retten fremhevet at beløpet Velcro Holding hadde mottatt fra Velcro Canada ikke alltid besto av de samme midlene som senere ble kanalisert videre til Velcro Industries, på grunn av sammenblandingen av midler.

¹⁰² ibid. para. 3.

Staten argumenterte med at Velcro-dommen skilte seg fra Prévost Car-dommen, ettersom det forelå en kontraktsrettslig forpliktelse om viderekanalisering. Etter mitt syn taler det for at Velcro Holdings hadde svært begrenset bestemmelsesrett over royaltyene.

Retten kom imidlertid til at royaltyene ikke strømmet gjennom Velcro Holdings, og at de dermed var ”beneficial owner”. Begrunnelsen var sammenblandingen av midler. Beløpet ble ikke ansett som de samme midlene som tidligere var mottatt av Velcro Holdings fra Velcro Canada. I tillegg hadde Velcro-Holdings den diskresjonære myndigheten, kontrollen og risikoen i 30 dager, og var forpliktet til å betale det samme beløpet til Velcro Industries.¹⁰³

Selv om det riktignok ikke uttrykkelig fremgår i premissene, ser det ut til at det ble foretatt en samlet helhetsvurdering av momentene. Det er verdt å merke seg rettens begrensede vektlegging av den kontraktsrettslige forpliktelsen. Som nevnt er dette momentet tillagt vekt i OECD Revised Proposals og Prévost Car-dommen. Momentet som ble løftet frem i Velcro-dommen synes heller å være sammenblanding av midler.

Hvorvidt sammenblandingsmomentet har overføringsverdi til kartleggelsen av innholdet i et autonomt ”beneficial owner”-begrep er usikkert. For det første kom jeg i kapittel 3.3.1.2. til at det er nærliggende å tro at dommen ble avgjort etter canadisk rett. Det tilsier at momentet bare er av betydning etter en canadisk ”beneficial owner”-vurdering. Det er ikke, meg bekjent, andre dommer fra nasjonal rettspraksis eller OECD-kommentarer som tillegger dette momentet vekt. For det annet må momentet, etter min mening, tillegges begrenset vekt også fordi det vil være vanskelig å sette en ”merkelapp” på penger.

¹⁰³ Arnold 2013, side 43.

4.2.4 Norsk forvaltningspraksis: Sentralskattekontoret for utenlandssaker

Norsk forvaltningspraksis er neppe en viktig kilde for å kartlegge momentene i ”beneficial owner”-vurderingen, men kan gi et eksempel på hvilke momenter som vektlegges i praksis. Momentene som vektlegges av Sentralskattekontoret for utenlandssaker knytter seg til det reelle eierskapet.

Sentralskattekontoret krever at søkere som ikke er en fysisk person, altså selskaper, gir opplysninger som viser at søker er den reelle eier av utbyttet. Opplysninger om selskapet og reelt eierskap må signeres av den som påberoper seg å være reell eier. Dersom det er usikkert hvem som er reell eier, har de muligheten til å kreve flere opplysninger. Eksempelvis kan det kreves opplysninger om hvorvidt investorene/rettighetshaverne har investeringsvalg, og om deres investeringsvalg har betydning for rettighetshavernes fremtidige utbetaling.¹⁰⁴

4.2.5 Norsk juridisk litteratur

I norsk juridisk litteratur er det som tidligere nevnt oppstilt fire kriterier som må være oppfylt for at mottakeren av et utbytte skal anses som ”beneficial owner”. De fire kriteriene er utledet av *Prévost Car*-dommen. I kapittel 3.4 kom jeg til at det er nærliggende å tro at ”beneficial owner” vil bli ansett som et autonomt begrep etter utgivelsen av OECD-kommentaren 2014. Under forutsetning av at ”beneficial owner” ikke ble tolket som et autonomt begrep i *Prévost Car*, vil det føre for langt å slutte at kriteriene vil gjelde innenfor det autonome begrepet.¹⁰⁵ Hvis det derimot forutsettes at begrepet ble tolket autonomt i

¹⁰⁴ Sentralskattekontoret for utenlandssaker (2013).

¹⁰⁵ I kapittel 3 kom jeg til at det var mest nærliggende at retten i *Prévost Car* ikke anså ”beneficial owner” som et autonomt begrep.

Prévost Car-dommen, vil de fire kriteriene klart kunne ha relevans for kartleggelsen av det autonome ”beneficial owner”-begrepet. Uansett utfall gir Prévost Car-testen uttrykk for momenter som er ansett som relevante i juridisk litteratur og canadisk rettspraksis.

Furusest¹⁰⁶ fremholder at Prévost Car-testen gir uttrykk for vilkår, og skriver at ”*Dersom disse fire vilkårene er oppfylt, vil mottakeren i henhold til Prévost Car-dommen være å anse som ”beneficial owner”*”.¹⁰⁷ Etter min mening går det for langt å angi disse som vilkår. Det er mer betegnende å anse vilkårene som momenter. Den gjennomgåtte rettspraksisen ovenfor synes å vise at disse fire vilkårene ikke alltid er like klart oppfylt, selv hvor det mottakende selskapet anses som ”beneficial owner”. Prévost Car-testen er gjengitt ovenfor, men vil her få en nærmere redegjørelse. Det gjøres oppmerksom på at enkelte faktorer er ansett som relevante under flere vilkår.

Det første vilkåret i Prévost Car-testen er besittelse av utbytteinntekten. Furusest skriver at hvorvidt det foreligger en kontraktsrettslig forpliktelse til å betale utbyttet videre, er et moment i vurderingen. Etter mitt syn er dette helt sentralt, ettersom det kommer til uttrykk i Revised Proposals. Furusest fremholder videre at besittelse også kan komme til uttrykk ved at det mottatte utbyttet blir satt inn på en rentebærende konto, slik som i Velcro-dommen. Videre fremholdes at det vil være relevant at mottakeren kan benytte det utbetalte utbytte som det selv ønsker, uten tillatelse fra for eksempel morselskapet og at utbyttet benyttes til å betale selskapets løpende utgifter.¹⁰⁸ Samtlige av de sistnevnte momentene fremstår ikke, etter mitt skjønn, som annet enn uttrykk for fravær av kontraktsrettslig forpliktelse til å kanalisere utbyttet videre.

Det andre vilkåret er at mottakeren skal ha rådighet over utbyttet. Det vil si hvordan det mottatte utbyttet blir eller kan bli brukt i selskapet. Furusest skriver at et selskaps rådighet

¹⁰⁶ Furusest (2013).

¹⁰⁷ *ibid*, side 187.

¹⁰⁸ Furusest (2013), side 188.

over utbyttet, kan komme til uttrykk ved at pengene er satt inn på en konto sammen med selskapets øvrige midler, slik tilfellet var i Velcro-dommen. Derimot, hvis pengene er ført rett over til et annet selskap, taler det mot at det mottakende selskapet har rådighet over utbyttet.¹⁰⁹ Som nevnt ovenfor er jeg usikker på hvor mye vekt dette momentet kan tillegges. Det vises til kapittel 4.2.3.4 for min begrunnelse.

Det tredje vilkåret er risiko. Furuseth skriver at risikovilkåret innebærer at det er knyttet en økonomisk risiko til det å sende utbyttet gjennom det mellomliggende selskapet, noe som kan tale for at selskapet er ”beneficial owner”. Risiko-momentet kan komme til uttrykk ved at utbyttet blir stående en periode hos det mellomliggende selskapets konto og således at selskapets kreditorer har tilgang til utbyttet, som var tilfellet i Velcro-dommen. I tillegg peker Furuseth på valutarisikoen som foreligger ved å motta utbyttet i en valuta, for deretter å sende utbyttet videre i en annen valuta.¹¹⁰ En forutsetning for at risikovilkåret er relevant er, etter mitt syn, at graden av risikoen ikke er uvesentlig. Å anse enhver risiko til inntekt for at mottakeren er ”beneficial owner”, vil kunne medføre at en formell mottaker nærmest alltid vil være ”beneficial owner”.

Det siste vilkåret er kontroll. Furuseth skriver at hvis det mellomliggende selskapet, som utbyttet kanaliseres gjennom, har kontroll over beløpet, taler det for at selskapet er ”beneficial owner”. Kontroll kan også her komme til uttrykk ved at utbyttet settes inn på samme rentebærende konto som selskapets øvrige midler over en periode og at beløpet ble benyttet til investeringer. Derimot, hvis utbyttet settes over på en egen konto, kan det gi inntrykk av at ikke samme grad av kontroll foreligger.¹¹¹ Det samme synspunktet, nevnt under besittelse vilkåret, som er gjort gjeldene i henhold til sammenblanding av midler, anføres også her.

¹⁰⁹ I.c.

¹¹⁰ ibid. side 189.

¹¹¹ Furuseth (2013), side 189.

4.3 Sammenfatning

I dette kapitlet har jeg forsøkt å kartlegge hvilke momenter som er relevante i ”beneficial owner”-vurdering. I tillegg har jeg forsøkt å finne ut hvordan momentene ble vurdert i forhold til hverandre. Et alternativ jeg skisserte var at det skulle foretas en samlet helhetsvurdering, hvor eksempelvis et moment ble løftet frem som særlig sentralt. Et annet alternativ var at det forelå ett eller flere nødvendige vilkår.

De gjennomgåtte rettskildene representerer bare et begrenset utvalg av tilgjengelige rettskilder vedrørende ”beneficial owner”-begrepets innhold. På denne bakgrunn kan det ikke trekkes noen konkrete slutninger fra min analyse. Derimot kan analysen gi en pekepinn på hvordan ”beneficial owner”-vurderingen foretas og hvilke momenter som typisk vil være relevante.

Ordlyden ga ikke særlig veiledning utover at det må foretas en vurdering av hvem som er eier og om eieren er den som oppnår fordelene med utbyttet. Det fremkom av OECD-kommentarene at det mottakende selskapets beføyelser over utbyttet er et relevant moment. I Revised Proposals ble det fremhevet at et relevant moment vil være hvorvidt mottakeren av utbyttet er kontraktsrettslig forpliktet til å videreformidle utbyttet til et bakenforliggende ledd. Det ble ikke gitt uttrykk for at momentene ga uttrykk for å kunne oppstille et nødvendig vilkår.

Den gjennomgåtte rettspraksisen viser at det blir foretatt en helhetsvurdering av hvorvidt mottakeren anses som ”beneficial owner”. I praksis kan det synes som om det er en lavere terskel for når et gjennomstrømmingsselskap anses som ”beneficial owner”, enn det som fremkommer av OECD-kommentarene.

I min vurdering av rettspraksis ser jeg heller ingen momenter som fremstår som nødvendige vilkår. Imidlertid kan det synes som om funksjonene og egenskapene til mottakeren av utbyttet er et moment som blir løftet frem i vurderingene. Rettspraksis har vist at dette momentet har blitt vurdert ut i fra ulike faktorer, som for eksempel hvorvidt det mottakende selskapet har kontorer og ansatte, og hvorvidt selskapets eneste funksjon var å motta utbytte eller rente. Hvorvidt det foreligger en kontraktsrettslig forpliktelse kan også synes å være et sentralt moment i vurderinger foretatt i rettspraksis. Også hvorvidt mottakeren er den formelle eieren av utbyttet synes å være et moment som blir vurdert.

I norsk juridisk litteratur har jeg trukket frem Furuseths fremstilling av Prévost Car-testen. Vilkårene som oppstilles gir etter min mening uttrykk for relevante momenter. Det er imidlertid noen momenter jeg har stilt spørsmålstegn ved. Det innebærer ikke at jeg er direkte uenig, men at jeg er usikker på hvilken relevans og vekt momentene kan tillegges ”beneficial owner”-vurderingen, sett at begrepet anses som autonomt.

Momentene jeg har skissert i dette kapitlet bærer preg av å være knyttet til en objektiv vurdering av det mottakende selskapets egenskaper og beføyelser, samt selskapenes disponeringer og transaksjoner. I neste kapittel reises problemstillingen hvorvidt ”beneficial owner”-vurderingen utelukkende består av objektive momenter eller om også subjektive momenter skal vektlegges. Et forsøk på en helhetlig kartlegging av innholdet i ”beneficial owner”-begrepet vil bero på hvilket resultat jeg kommer til i neste kapittel.

5 Består ”beneficial owner”-vurderingen utelukkende av objektive momenter, eller skal også subjektive momenter vektlegges?

5.1 Innledning

Hittil har objektive momenter stått sentralt i vurderingen av hvem som kan anses som ”beneficial owner”. Det har blant annet vist seg å være av betydning at det mottakende selskapet har en viss eierrådighet over utbyttet, er kontraktsrettslig forpliktet til å videreformidle utbyttet og har en grad av risiko ved å ha utbyttet i sin besittelse. I dette kapittelet reises spørsmålet *hvorvidt*, og i tilfelle *hvilke*, subjektive momenter som må være til stede for at en mottaker av et utbytte skal anses som ”beneficial owner”. Hvis ja vil jeg også undersøke om det subjektive momentet representerer et nødvendig vilkår, eller om det inngår som en del av helhetsvurderingen i større eller mindre grad.

Som regel vil det være flere subjektive forhold som knytter seg til selskapers disposisjoner. Eksempelvis gjennomføres en transaksjon gjerne for å oppfylle en avtale, og vil være motivert av rent forretningsmessige forhold. Skattemotiverte transaksjoner er også vanlig, uten at det nødvendigvis anses som en rettsstridig omgåelse av skatteregler. Det er først når motivet bak transaksjonen fremstår som i strid med eksempelvis skatteavtalens formål at det kan bli relevant å motvirke transaksjonen.

Ettersom motivet er et selvfølgelig element ved gjennomføringen av en transaksjon, kan det virke unaturlig å ikke vektlegge dette. En bestemmelse med et absolutt krav om at et særskilt motiv skal foreligge, kan tenkes problematisk å anvende. I en kontrollsituasjon vil kildestaten forholde seg til det første leddet, og har dermed liten innsikt i den videre sel-

skapsstrukturen og eventuelle bakmenns subjektive motiver.¹¹² Et vilkår om at et spesielt subjektivt skattemotiv ikke må være til stede, vil imidlertid kunne heve ”beneficial owner”-terskelen.

I det følgende vil jeg først forsøke å finne retningslinjer som kan benyttes i min analyse av de foreliggende rettskildene. Deretter vil jeg se nærmere på ordlyd, OECD-kommentarer, nasjonal rettspraksis og norsk juridisk litteratur. Til slutt vil jeg sammenfatte funnene og forsøke å komme frem til et begrunnet svar.

5.2 Retningslinjer for vurderingen

Med retningslinjer mener jeg hvilke forhold som vil være relevante å se etter i analysen av de foreliggende rettskildene. Jeg vil undersøke om jeg kan hente retningslinjer i teorier introdusert i juridisk litteratur angående tolkningen av ”beneficial owner”-begrepet, og hvorvidt begrepet kan anses som en tilordningsregel eller en omgåelsesregel¹¹³. I tillegg vil jeg undersøke om hensynet bak begrepet gir retningslinjer for tolkingen.

5.2.1 Substance over form og form over substance

En generell retningslinje for vurderingen av eierforhold synes å være skillet mellom det formelle og det reelle eierforhold.¹¹⁴ I forhold til anvendelse av ”beneficial owner”-begrepet blir skillet gjerne omtalt som ”substance over form” og ”form over substance”. Tradisjonelt har common law-land hatt en tendens til å slutte seg til ”substance over form”,

¹¹² Strømstad (2013), side 158.

¹¹³ Problemstillingen hvorvidt ”beneficial owner” er en tilordningsregel eller en omgåelsesregel er vanskelig fremstilt, fordi omgåelsesregler ofte brukes til å endre tilordningen.

¹¹⁴ Skaar (2006), side 581.

mens civil law-land har lagt til grunn ”form over substance”. Tilnærmingsmåtene blir tatt i bruk i nasjonal rettspraksis fra flere land, og kan gi en pekepinn på hvorvidt subjektive momenter blir vektlagt.

For dette formålet vil det gis en forenklet og tilspisset beskrivelse av tilnærmingsmåtene. Beskrivelsen gjelder bare som et utgangspunkt. Normalt vil det ikke være tale om direkte motsetninger, men ulike grader av de ulike tilnærmingsmåtene. ”Substance over form” innebærer at *”de reelle eierforholdene ved den skattemessige bedømmelsen av en disposisjon”*¹¹⁵ vektlegges. Vektlegging av de reelle eierforholdene blir i juridisk litteratur gjerne omtalt som en økonomisk tilnærming. I en ”form over substance”-vurdering vil derimot rettsanvenderen ha en juridisk tilnærming,¹¹⁶ hvor formelle forhold blir tillagt større vekt.

”Beneficial owner”-begrepet oppfylles lettere ved ”form over substance”-tilnærmingen. Det vil si at ”substance over form” vil kunne gi et snevrere anvendelsesområde for ”beneficial owner”-begrepet, og således gi et mer effektivt vern mot treaty shopping.¹¹⁷

5.2.2 Hensyn

Som en følge av utstrakt bruk av skatteavtaler som ledd i internasjonal skatteplanlegging, er ”beneficial owner”-begrepet ment som et mottiltak mot formålsstridig utnyttelse av skatteavtalene. Skaar¹¹⁸ skriver at et formål bak ”beneficial owner”-begrepet er ”... å hindre at personer som ikke omfattes av en bestemt (gunstig) skatteavtale, benytter en mellommann

¹¹⁵ Skaar (2006), side 581.

¹¹⁶ Smits (2009), side 121-122.

¹¹⁷ For nærmere beskrivelse av begrepet se kapittel 1.

¹¹⁸ Skaar (2006), side 580.

for å oppnå vedkommende skatteavtales reduserte kildesatser”¹¹⁹. Eksempelvis vil illojal utnyttelse av skatteavtalene være at et selskap etableres i en mellomliggende stat, for å oppnå denne statens gunstige skatteavtale med kildestaten. Fenomenet er beskrevet som treaty shopping.¹²⁰

I og med at hensynet bak ”beneficial owner”-regelen blant annet er å motvirke en illojal utnyttelse av skatteavtalene¹²¹ vil det i utgangspunktet være naturlig å vektlegge subjektive forhold. En fullstendig oppfyllelse av bestemmelsens formål vil vanskelig kunne tenkes uten å vurdere hvorvidt det er skjedd en illojal utnyttelse av skatteavtalene.

5.2.3 Tilordningsregel eller omgåelsesregel

Hvorvidt ”beneficial owner”-vurderingen består kun av objektive momenter eller om også subjektive forhold skal vektlegges, har en side mot den pågående kategoriseringsdebatten. Spørsmålet er hvorvidt ”beneficial owner” er en tilordningsregel eller en omgåelsesregel. Tilordningsregler består normalt bare av objektive kriterier. En omgåelsesregel vil som oftest også bestå av subjektive elementer, eksempelvis hvorvidt skatteyteren gjennomførte transaksjonen i det vesentlige for å oppnå skattefordelen.

Hvis retten anvender ”beneficial owner” som en omgåelsesregel, vil det kunne tilsi at subjektive elementer er relevante. Slutningen går også motsatt vei. Hvis subjektive momenter anses relevante, kan det tale for å kategorisere ”beneficial owner” som en omgåelsesregel. Uttalelser fra juridisk litteratur vedrørende kategoriseringen vil også kunne gi veiledning. Når ”substance over form” og ”form over substance” brukes i denne sammenhengen, vil

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ For nærmere beskrivelse se kapittel 1.

¹²¹ For nærmere beskrivelse se kapittel 1.

førstnevnte være en indikasjon på at ”beneficial owner”-regelen anses som en omgåelsesregel, mens sistnevnte vil kunne indikere en tilordningsregel.

Tilordningsregler avgjør hvem som er skattesubjektet etter en objektiv vurdering. Å tilordne innebærer å finne riktig skattesubjekt, for deretter å anvende riktig rettsregel på rettssubjektet.¹²² I relasjon til ”beneficial owner”-begrepet vil tilordningen avgjøre hvorvidt kildeskatten blir redusert.

Omgåelsesregler benyttes for å hindre misbruk av skatteregler. Reglene tilsidesetter ellers lovlige transaksjoner og eierforhold i relasjon til skatteleggingen. Det kan være aktuelt å anvende omgåelsesregler på tilfeller hvor selskaper er konstruert med formål å oppnå utilsiktede skattefordeler. Det foreligger med andre ord et subjektivt element om skattetilpassning hos skatteyteren. I tillegg må det vurderes ikke-skattemessige formål, og juridiske og økonomiske virkninger av eierkonstruksjonen. En eierkonstruksjon som viser seg å ikke ha andre vesentlige virkninger utover den skattemessige fordel, vil kunne fremstå som illojal i forhold til skatteavtalens formål.¹²³

5.3 Normativ analyse av foreliggende rettskilder

Det er ikke samstemmighet blant rettskildene hvorvidt ”beneficial owner” skal vurderes utelukkende ut ifra objektive momenter, eller om subjektive momenter også skal tillegges betydning. Nedenfor vil jeg se nærmere på hvorvidt ordlyden eller OECD-kommentarer gir veiledning, etterfulgt av en gjennomgang av et utvalg dommer fra nasjonal rettspraksis. Her vil både dommer fra common law- og civil law-land være representert. Til slutt vil jeg undersøke hvilke signaler som kan utledes av norsk juridisk litteratur. Ved gjennomgangen av rettskildene vil jeg forsøke å finne holdepunkter som enten tilsier at ”beneficial owner”-

¹²² Zimmer (2009), side 87-88.

¹²³ For en nærmere beskrivelse se kapittel 1.

vurderingen utelukkende består av objektive momenter, eller om også subjektive momenter skal tillegges vekt. Underveis vil jeg forsøke å avklare hvor mye vekt som kan tillegges de ulike rettskildene.

5.3.1 Innledende analyse av ordlyd og OECD-kommentarer

Ordlyden "beneficial owner" er som tidligere påpekt svært generelt utformet. Det kan dermed hentes liten veiledning fra "*the ordinary meaning*"¹²⁴ av ordlyden. Heller ikke OECD-kommentarene kan sies å gi særlig veiledning. Det fokuseres i all hovedsak på rent objektive forhold, eksempelvis at mottakeren av et utbytte "(...) *cannot normally be regarded as the beneficial owner if, though the formal owner, it has, as a practical matter, very narrow powers which render it (...)*"¹²⁵. OECDs fokus på objektive momenter kan tale for at deres standpunkt er at subjektive momenter ikke er av betydning for "beneficial owner"-vurderingen. På den andre siden vil en antitetisk tolkning av OECD-kommentarene etter min mening føre for langt. Ettersom det er begrenset hva man kan slutte ut fra OECDs uttalelser, må det foretas en nærmere analyse av rettspraksis og juridisk litteratur.

¹²⁴ Wienkonvensjonen artikkel 31 nr.1.

¹²⁵ OECD Revised Proposals, artikkel 10, avsnitt 12.3.

5.3.2 Nasjonal rettspraksis fra common law- land

5.3.2.1 Storbritannia: Indofood-dommen

I den britiske Indofood-dommen¹²⁶ tok retten stilling til ”beneficial owner”-begrepet i daværende skatteavtale mellom Indonesia og Nederland, for kunne løse en obligasjonsrettslig tvist vedrørende gjeldsbrev. Gjeldsbrevene var underlagt britisk rett. Saken gjaldt spørsmål om kildeskatt på renter for det indonesiske morselskapet PT Indofood Sukses Makmur TBK (Indofood).

I 2002 ønsket det indonesiske morselskapet Indofood å ta opp et lån i England. På det tidspunktet ville rentene bli beskattet med en kildeskatt på 20 prosent i Indonesia. Som en følge av dette ble datterselskapet av Indofood, hjemhørende på Mauritius (Indofood International), involvert. Ved å kanalisere rentene gjennom Mauritius ble kildeskatten i Indonesia redusert fra 20 til 10 prosent. Indofood International lånte penger fra de samme britiske kreditorene som Indofood ønsket å låne penger fra. Samme dag ble det utstedt et likelydende gjeldsbrev fra Indofood International til Indofood. Dermed ble Indofood kreditor, og således havnet renteinntekten i Indonesia. Lånet som ble utstedt til det mauritanske datterselskapet av de britiske kreditorene, var i henhold til sum og rentesats identisk med gjeldsbrevet hvor Indofood var kreditor. Retten fant at det mauritanske datterselskapet ikke kunne bruke renteinntekten til annet enn å betale rentene videre til de britiske kreditorene.

Da skatteavtalen mellom Indonesia og Mauritius ble sagt opp, ønsket Indofood å innfri lånet før forfall. De britiske kreditorene hevdet det ikke var adgang til å innfri lånet før forfall, og fremholdt at det nederlandske selskapet Newco kunne gjøres til mellomledd mellom Indofood og Indofood International, og således oppnå redusert kildeskatt på grunnlag

¹²⁶ Indofood International v. JP Morgan Chase Bank N.A London Branch.

av skatteavtalen mellom Nederland og Indonesia. Forutsetningen var at Newco ble ansett som ”beneficial owner”.¹²⁷

Domstolen kom til at verken Newco eller Indofood International kunne anses som ”beneficial owner”. Resultatet ble blant annet begrunnet ut fra objektive momenter, eksempelvis at Newco og Indofood International syntes bare å være en administrator av utbyttet. Det er verdt å merke seg at det objektive momentet, nemlig at mottakerselskapet var kontraktrettslig forpliktet til å betale utbytte videre, ble tillagt begrenset vekt.¹²⁸ Selv om objektive momenter ble tillagt vekt, anvendte domstolen et internrettslig ”substance-over-form”-krav fra indonesisk rett for å tilsidesette selskapsstrukturen.¹²⁹ Det kan tale for at subjektive momenter inngår som en del av en helhetsvurderingen.

5.3.2.2 Canada: Prévost Car-dommen

Faktum i den canadiske Prévost Car-dommen¹³⁰ er gjengitt i kapittel 3.3.1.2.

I Furuseths redegjørelse av dommen presenteres det han kaller ”Prévost Car”-testen. Som henvist til ovenfor, trekkes det frem fire objektive kriterier som må være til stede for at det mottakende selskapet skal anses som ”beneficial owner”.¹³¹ Kriteriene anvendt i praksis har vist seg å gi ”beneficial owner”-begrepet et vidt anvendelsesområde.¹³² Vektlegging av de fire kriteriene og det vide anvendelsesområdet kan tale for at domstolen utelukkende vektla objektive kriterier, og anvendte regelen som en tilordningsregel.

¹²⁷ Indofood-dommen, para 8-13.

¹²⁸ *ibid*, para 5-6.

¹²⁹ Jezzi (2010).

¹³⁰ *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2008 TCC 231 og *Prévost Car Inc. v. The Queen*, 2009 FAC 57.

¹³¹ Furuseth (2009) side 187.

¹³² Arnold (2013), side 49.

Søgaard¹³³ mener på sin side at Prévost Car-dommen kan tolkes som at den canadiske domstolen ikke utelukket en adgang til å innfortolke en omgåelsesregel i ”beneficial owner”-begrepet. I den forbindelse viser han til domstolens uttalelse om at *”when corporate entities are concerned, one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit...”*¹³⁴ Etter mitt syn gir uttalelsen heller anvisning til en objektiv vurdering, ettersom det vises til det mottakende selskapets beføyelser over utbyttet.

I tillegg fremholder Søgaard at førsteinstans i Prévost Car-dommen viste til og siterte fra Indofood-dommen, og *”selv om det er vanskelig å se hvilken konkret bruk som ble gjort av dommene, er det så vidt jeg kan se ingenting som tyder på at noen av instansene mente å avvike fra Indofood”*¹³⁵. Ettersom Indofood-dommen kan tolkes som å åpne opp for omgåelsesbetraktninger i relasjon til ”beneficial owner”-begrepet, kan en tilslutning dertil tale for at også en slik forståelse ble akseptert i Prévost Car-dommen. Hvor mye vekt som kan tillegges dette argumentet er etter mitt syn uklart, noe jeg begrunner nedenfor.

Furuseth fremholder at canadiske skattemyndigheters argumentasjon overfor retten om at ”beneficial owner” er den som *”ultimately benefit from the dividend”*¹³⁶, kan tilsi at canadiske *skattemyndigheter* anser subjektive momenter som relevante i ”beneficial owner”-vurderingen. Imidlertid la som kjent domstolen ikke til grunn skattemyndighetenes anførsel. Det er dessuten ikke åpenbart hva som kan slutes ut fra skattemyndighetenes argumentasjon. Det kan vanskelig uten en nærmere redegjørelse, utledes et subjektivt kriterium av at ”beneficial owner” er den som oppnår fordelene.

Furuseths standpunkt er derimot at ”beneficial owner”-regelen ble tolket som en tilordningsregel i Prévost Car-dommen. For det første trekker han frem at ”beneficial owner”

¹³³ Søgaard (2011), side 68.

¹³⁴ Prévost Car-dommen 2009, premiss 13 (siteret i premiss 100 i Prévost Car-dommen 2008).

¹³⁵ Søgaard (2011), side 68.

¹³⁶ Furuseth (2009), side 190.

som en omgåelsesregel ville være vanskelig å anvende i praksis. For det andre fremholdes det at hvem som ”*ultimately benefit from the dividend*” ofte er nærmest umulig å bevise for skattemyndighetene. I tillegg peker Furuseth på at å innfortolke en omgåelsesregel vil gjøre det nytteløst å finne frem til en internasjonal autonom betydning av ”beneficial owner”-begrepet, hvis man uansett skulle falle ned på en form for gjennomskjæring etter internretten.¹³⁷

Hvor mye vekt dette argumentet skal tillegges er usikkert. ”Beneficial owner”-begrepet kan tenkes å selv sette grenser for hvilke internrettslige omgåelsesnormer som kan anvendes i en skatteavtalesituasjon. En annen sak er at hvis ”beneficial owner” anses som en omgåelsesregel, innebærer ikke det nødvendigvis at internrettslige normer skal anvendes. En pågående debatt er nemlig om det foreliggeligger en (autonom) omgåelsesnorm på skatteavtalenivå. Hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, interne omgåelsesnormer kan få gjennomslag i en skatteavtalesituasjon, er en omfattende problemstilling som det vil føre for langt å drøfte i denne oppgaven.

Etter min mening er det mest nærliggende å komme til at de canadiske domstolene anså ”beneficial owner”-begrepet som en tilordningsregel, ettersom det kan synes som de utelukkende vektla objektive momenter. Imidlertid kan ikke karakteristikken utelukkende være avhengig av om subjektive momenter anses som relevante eller ikke. Mitt standpunkt er også begrunnet ut i fra at jeg vanskelig kan slutte at ”substance over form”-tilnærmingen ble lagt til grunn i Prévost Car-dommen på bakgrunn av rettens henvisning og sitering fra Indofood-dommen¹³⁸. Det kom ikke klart frem av domspremissene i Prévost Car hvorvidt eller hvilken vekt Indofood-dommen faktisk ble tillagt. Ettersom domstolen ikke la til grunn skattemyndighetenes påstand, taler det etter min mening *mot* at det åpnes opp for å innfortolke subjektive momenter i ”beneficial owner”-vurderingen etter canadisk rett.

I kapittel 3.3.2.1.1 kom jeg til at det er nærliggende at dommen er avgjort etter canadisk

¹³⁷ Furuseth(2009), side 189.

¹³⁸ Prévost Car-dommen 2008, premiss 84-90.

rett. Denne forutsetningen innebærer at dommen tillegges begrenset vekt i denne sammenhengen.

5.3.3 Nasjonal rettspraksis fra civil law-land

5.3.3.1 Frankrike: Royal Bank of Scotland-dommen

Den franske dommen Royal Bank of Scotland¹³⁹ gjaldt salg av midlertidige eierposisjoner til aksjer. Et amerikansk morselskap solgte sine midlertidige eierposisjoner i sitt franske datterselskap til den britiske banken Royal Bank of Scotland (RBS). Spørsmålet var om RBS var ”beneficial owner” av utbyttet i henhold til skatteavtalen mellom Frankrike og Storbritannia. Det fremgikk av kontrakten at kjøpesummen skulle betales tilbake i løpet av tre år i form av utbytte og en sum som tilsvarte ilagt kildeskatt, fra det franske datterselskapet til RBS. Transaksjonen innebar liten risiko for RBS. Morselskapet hadde garantert at de ville dekke kildeskatten, gi finansiell støtte slik at utbyttet kunne betales ut, kjøpe tilbake aksjene hvis RBS ikke betalte utbyttet og betale utbyttet hvis RBS ikke betalte.

Domstolen kom til at RBS ikke kunne anses som ”beneficial owner”. Resultatet ble begrunnet med at kontraktens hovedformål var at skatteavtalen mellom Frankrike og Storbritannia skulle komme til anvendelse, og på den måten oppnå redusert kildeskatt. Det ble uttalt at konstruksjonen fremsto som skattemotivert og var i strid med skatteavtalens formål.¹⁴⁰ I tillegg la retten vekt på at transaksjonen fremsto som et skjult lånearrangement mellom RBS og morselskapet, som senere skulle tilbakebetales av datterselskapet. I den forbindelse ga avtalen RBS ”*too many guarantees, which reduced, in an unusual way, the risk a shareholder is supposed to bear*”¹⁴¹.

¹³⁹ Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie c. Société Bank of Scotland.

¹⁴⁰ *ibid.* para 54 og 57.

¹⁴¹ Gibert og Ouamrane (2008), side 7.

I og med at domstolen vektla det bakenforliggende formålet med kontrakten, i tillegg til rent objektive momenter, taler det for at en ”substance-over-form”-tilnærming ble lagt til grunn. Hvor mye vekt subjektive momenter ble tillagt, er vanskelig å trekke ut av dommen. Domstolen uttrykte tydelig at hele konstruksjonen fremsto som skattemotivert. Det kan tale for at motivet ble tillagt vesentlig vekt.

De objektive momentmentene syntes å peke i retning av at RBS ikke var ”beneficial owner”. I den sammenheng kan man spørre hvorfor retten tillå subjektive momenter såpass stor betydning. Et alternativ er at ettersom objektive momenter talte mot at RBS var ”beneficial owner”, var det større grunn til å vektlegge subjektive forhold. Det kan tenkes at domstolen ikke anså objektive momenter som *tilstrekkelig* for å komme til at RBS ikke kunne anses som ”beneficial owner”. Det kan i så fall innebære at domstolen anså fravær av skattemotivet som et nødvendig kriterium for å komme til at RBS ikke var ”beneficial owner”.

5.3.3.2 Danmark: HHU-saken

I den danske HHU- saken¹⁴² kom som kjent retten til at det svenske selskapet G4 ikke var ”beneficial owner” til renteinntekt mottatt fra det danske selskapet H1. Faktum er redegjort for i kapittel 3.3.2.2.

Retten legger som nevnt i kapittel 4.2.3.2 vekt på at konstruksjonen virker tilrettelagt og kunstig, uten annet synlig formål enn å spare skatt. Det anses som et subjektivt moment.

I tillegg vektlegges objektive momenter. Eksempelvis at de svenske selskapene var uten reelle beføyelser og mulighet til å treffe avgjørelser i forhold til de mottatte beløpene. I tillegg hadde ingen av de svenske selskapene kontorer eller ansatte, direktørene mottok

¹⁴² SKM 2011.57 LSR.

lønn fra holdingselskapet G1 og kontraksjonen var tilrettelagt mellom parter i interessefellesskap. Landsskatteretten bemerket også at det danske selskapet G2 oppnådde betydelige skattefordeler fra 25 prosent til 0 prosent kildeskatt.¹⁴³

De overnevnte momentene viser at både objektive og subjektive momenter blir tillagt vekt. Det er imidlertid uklart *i hvor stor grad* de subjektive momentene blir vektlagt. Det er også uklart *hvorfor* domstolen vektlegger subjektive momenter, da det fremstår som klart at de objektive momentene taler mot at G4 er ”beneficial owner”. I Furuseths vurdering av dommen, viser han til at vilkårene i Prévost Car-testen i liten grad er oppfylt.¹⁴⁴ Likevel fremhever retten formålet bak konstruksjonen, altså et subjektivt element. Det kan tale for at subjektive momenter vil inngå som en del av en samlet helhetsvurdering. Ettersom retten kom til at selskapet *ikke* var å anse som ”beneficial owner”, vil det føre for langt å slutte at retten anså at det overnevnte subjektive momentet som et absolutt kriterium.

Sett at retten hadde kommet til at de objektive kriteriene var oppfylt og motsatt resultat, nemlig at selskapet var ”beneficial owner”. Hvis retten i tillegg hadde vektlagt det subjektive momentet, ville det kunne gitt et sterkere indisium i retning av et absolutt subjektivt kriterium.

5.3.3.3 Danmark: ISS 1-dommen

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Furuseth (2013), side 191.

Den danske ISS 1-dommen¹⁴⁵ er behandlet ovenfor i kapittel 3.3.2.1 og 4.2.3.3. Som kjent kom retten til at et selskap hjemhørende i Luxembourg var ”beneficial owner” av mottatt utbytte fra et dansk selskap. Det ble vektlagt at selskapet i Luxembourg hadde tilstrekkelige beføyelser over det mottatte utbyttet, og at selskapet ikke hadde viderekanalisert utbyttet til dets morselskap eller dets aksjonærer. Det kan dermed synes som om retten i deres vurdering utelukkende vektla objektive momenter. Det taler for at en ”form over substance”-tilnærming ble lagt til grunn.

5.3.3.4 Sverige: HDF 2012 not.24

Dommen er tidligere behandlet, og beskrivelse av faktum fremkommer i kapittel 3.3.3.1.3. Domstolen kom som kjent til at det nederlandske morselskapet ikke var den som ”faktisk har rätt till inkomsten”. Resultatet ble i all hovedsak begrunnet ut i fra de underliggende økonomiske realitetene bak disposisjonene. Det ble fremholdt at det gjaldt transaksjoner i et interessefellesskap. Transaksjonene bak lånestrukturen ble ansett utelukkende å være motivert av å oppfylle vilkåret ”rätt till inkomsten”, som gir skattefordelen. Utad fremsto konstruksjonen ellers som kunstig. I tillegg la forvaltningsdomstolen vekt på at det nederlandske morselskapet neppe ville brukt renteinntekten til noe annet formål enn å betale datterselskapet for aksjene.¹⁴⁶

Det er verdt å merke seg at domstolen i sin begrunnelse nærmest ikke drøftet objektive momenter. Domstolen vektla så og si utelukkende subjektive momenter, herunder formålet om å spare skatt, noe retten leste ut av de økonomiske realitetene. Det gir inntrykk av at domstolen, i det minste, anså subjektive momenter som å være av vesentlig betydning. Det kan også tenkes at subjektive momenter ble ansett som et nødvendig vilkår. De objektive forholdene taler mot at selskapet hadde ”rätt till inkomsten”, likevel ble resultatet begrun-

¹⁴⁵ SKM 2012.121 ØRL.

¹⁴⁶ HDF 2012 not 24 og Kleist (2013) side 163.

net ut i fra subjektive momenter. Hvor mye vekt som kan tillegges dette argumentet er uklart. Det kan også tenkes at det, for sikkerhets skyld, ble anført alle tenkelige argumenter.

5.3.4 Sammenfatning og vurdering

I dette kapitlet har jeg undersøkt hvorvidt, og i tilfelle hvilke subjektivt momenter som må være til stede for at en mottaker av et utbytte skal anses som "beneficial owner". I tillegg har jeg forsøkt å finne ut hvorvidt det subjektive momentet representerer et nødvendig vilkår, eller inngår i større eller mindre grad som del av en helhetsvurdering.

De gjennomgåtte rettskildene viser at "beneficial owner"-vurderingen er uensartet. Gjennomgangen av nasjonal rettspraksis viser eksempler hvor utelukkende objektive forhold er lagt til grunn, samt vurderinger som også vektlegger subjektive forhold. Blant den nasjonale rettspraksisen som vektlegger subjektive momenter, er det også ulikheter. I enkelte dommer kan det synes som at subjektive momenter anses som et nødvendig vilkår, mens i andre dommer har subjektive momenter inngått i større eller mindre grad som momenter i en samlet helhetsvurdering. I norsk juridisk litteratur synes det som tendensen er at "beneficial owner"-begrepet er en tilordningsregel. Standpunktet er til dels begrunnet ut i fra en analyse av Prevost Car og Velcro-dommen. Det er på denne bakgrunn vanskelig å trekke noen klare slutninger om betydningen av subjektive forhold. I de dommene som vektlegger subjektive momenter, enten som vilkår eller moment, virker det som motivet bak transaksjonene er den gjennomgående faktoren.

Det antatte skillet mellom common law- og civil law-land ser imidlertid ikke ut til å være like fremtredende som først antatt. For eksempel ble utelukkende objektive kriterier vektlagt i den canadiske Prévost Car-dommen, mens den britiske Indofood-dommen vektla både objektive og subjektive forhold. I nasjonal rettspraksis fra civil law-land, herunder

Frankrike, Sverige og Danmark, ble det som forventet vektlagt også subjektive momenter. Imidlertid viser den danske ISS 1-dommen og Strømstads fremstilling at forvaltningspraksis fra Danmark også har inntatt en mer ”form over substance”-tilnærming til ”beneficial owner”-vurderingen¹⁴⁷, og i hovedsak vektlagt objektive momenter.

Gjennomgangen av nasjonal rettspraksis har også vist at de dommene som kommer til at det mottakende selskapet *ikke* er ”beneficial owner” vurderer og vektlegger subjektive momenter. De dommene som kommer til motsatt resultat¹⁴⁸, nemlig at selskapet er ”beneficial owner”, vurderer utelukkende de objektive forholdene. Den nasjonale rettspraksisen som er behandlet i dette kapittelet, er naturlig nok et for snevert referansegrunnlag for å kunne komme med noen slutninger. Imidlertid er det en observasjon. Det kan tenkes at det skal mer til å påvise at et selskap *ikke* er ”beneficial owner”, enn å påvise at et selskap er ”beneficial owner” og derfor kreves det at de aktuelle disposisjonene er utelukkende skattemotivert og fremstår som illojale i forhold til skatteavtalens formål.

Etter min mening, de lege ferenda, burde ”beneficial owner”-vurderingen inneholde et subjektivt moment. Det er forenlig med hensynet bak bestemmelsen om å motvirke treaty shopping og lojalitetsstandarden som ligger til grunn i skatteavtalene. Hvis ”beneficial owner”-vurderingen utelukkende består av objektive momenter vil det kunne medføre et svakere vern mot misbruk av skatteavtalene. Det er lettere å misbruke skatteavtalene når man utelukkende forholder seg til formelle juridiske kriterier, sammenliknet med den økonomiske realiteten bak disposisjonene.

¹⁴⁷ Strømstad (2013), side 158.

¹⁴⁸ Prévost Car-dommen 2009 og Iss 1-dommen.

6 Oppsummering

I denne fremstillingen har jeg kommet frem til at nyere OECD kommentarer angående tolkningen av ”beneficial owner” i utbyttesammenheng, kan anvendes på tolkningen av eldre skatteavtaler. I den grad man kan spå inn i fremtiden er det etter min mening nærliggende at også OECD kommentarene 2014 kan anvendes.

Hvorvidt ”beneficial owner”-begrepet har blitt ansett som et autonomt begrep i nyere tid er uklart. Nye signaler fra OECD er imidlertid at det skal jobbes for å fastlegge en internasjonal betydning av ”beneficial owner”. Det vil si at begrepet skal anses som autonomt.

I de to siste kapitlene forsøkte jeg å finne ut hvordan man skal gå frem for å vurdere om en mottaker er ”beneficial owner”. Etter mitt syn foreligger det ingen absolutte vilkår. Vurderingen består av en samlet helhetsvurdering av i hovedsak objektive momenter. I tillegg finnes det en rekke eksempler fra nasjonal rettspraksis som også vektlegger subjektive momenter. Det subjektive momentet er ulikt formulert i rettspraksis, men innebærer at motivet bak transaksjonen og disponeringene vektlegges.

7 Litteraturliste

Bøker:

Zimmer, Fredrik *Internasjonal skatterett*. 4. utg. Oslo, 2011.

Zimmer, Fredrik *Lærebok i skatterett*. 6. utg. Oslo, 2009.

Skaar, Arvid Aage m.fl. *Norsk skatteavtalerett*. 1. utg. Oslo, 2006.

Søgaard, Simen Skjold *Generelle omgåelsesnormer som virkemiddel mot treatyshopping*. 1. utg. Oslo, 2011.

Strømstad, Magnus Grøn. *Kildeskatt på utgående aksjeutbytte*. I: Praktisk internasjonal skatterett og internprising. Oslo, 2013. s. 137-168.

Furusest, Eivind. *Kildeskatt på utgående aksjeutbytte*. I: Praktisk internasjonal skatterett og internprising. Oslo, 2013. s. 169-204.

Arnold, Brian J. *The Concept of Beneficial Ownership under Canadian Tax Treaties*. I: Beneficial Ownership: Recent Trends. Amsterdam, 2013. s. 39-48.

Bundgaard, Jakob. *The Concept of Beneficial Ownership under Canadian Tax Treaties*. I: Beneficial Ownership: Recent Trends. Amsterdam, 2013. s. 91-100.

Norsk internasjonal skatterett, Henning Naas ... [et al.]. 1.utg. Oslo, 2011.

The interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commemories on the OECD Model, David A. Ward ... [et al.]. Kingston, 2005.

Artikler:

Zimmer, Frederik *Skatteparadis – noen skatterettslige problemstillinger*. I: Lov og rett. (2012), s. 220-239.

Kleist, David *First Swedish Case on Beneficial Owner*. I: Kluwer Law International BV Intertax (2013), s. 159-163.

Jezzi, Philip Laroma. *The Concept of Beneficial Ownership in the Indofood and Prévost Car Decisions* I: Bulletin for International Taxation (2010), s. 253-257.

Jakob, Bundegaard og Winther-Sørensen, Niels. *Retmæssig ejer ved international koncernfinansiering* I: SP-Skat (2007), s. 508-524.

Gibert, Bruno og Ouamrane, Yacine. *Beneficial Ownership – A French Perspective* I: European Taxation (2008), s. 7.

Norske lover:

1999	Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven) av 22.mai 1902 nr. 10.
------	--

Traktater og modellavtaler:

Wien-konvensjonen	Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23.mai 1969.
-------------------	---

Skatteavtale mellom de nordiske land	Skatteavtale mellom Norge Danmark, Sverige, Finland, Island og Færøyene, Helsingfors 23.september 1996.
--------------------------------------	---

Skatteavtalen mellom Canada og Nederland	Convention between the Government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of Canada for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, Ottawa 2 . april 1957.
--	--

Skatteavtalen mellom Nederland og Indonesia	Agreement between the government of the Republic of Indonesia and the government of the Kingdom of the Netherlands for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, Jakarta 29. januar 2002.
---	--

Skatteavtalen mellom	Skatteavtale mellom Norge og Storbritannia, London 12.
----------------------	--

Norge og Storbritannia	oktober 2000.
Skatteavtalen mellom Norge og Kina	Overenskomst mellom Kongeriket Norges Regjering og Folkerepublikken Kinas Regjering til unngåelse av dobbeltbeskatning og forebyggelse av skatteunndragelse med hensyn til skatter av inntekt og formue, Beijing, 25. Februar 1986.
OECDs mønsteravtale	OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Paris, 1977. OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Paris, 1995.

OECD-kommentarer:

OECD-kommentarene	OECD. "Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention" (1977, 1995, 2000, 2003, 2008, 2010).
-------------------	--

Utenlandske dommer:

Canada

Prévost Car Inc. v. The Queen, 2008 TCC 231 (Tax Court of Canada 22 April 2008).

Prévost Car Inc. v. The Queen, 2009 FCA 57 (Canadian Federal Court of Appeal 26 February 2009).

Velcro Canada Inc. v. Her Majesty the Queen, 1007-1806 (IT)G.

Storbritannia

Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch [2006]
EWCA Civ 158 (England and Wales Court of Appeal 2 March 2006).

Frankrike

Royal Bank of Scotland. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Société
Bank of Scotland No. 283314 (Conseil d'Etat 29 desember 2006).

Danmark

SKM 2011.57 LSR (HHU-saken).

SKM 2012.121 ØLR (ISS 1-dommen).

Sverige

HDF 2012 not.24.

Nettdokumenter:

OECD. *Public comments received on the revised proposals concerning the meaning of
“beneficial owner” in Articles 10, 11 and 12 of the OECD Model Tax Convention* (2013)

12.02.2013.

<http://www.oecd.org/tax/publiccommentsreceivedontherevisedproposalsconcerningthmeaningofbeneficialownerinarticles1011and12oftheoecdmodeltaxconvention.htm> [sitert 04.10.2013].

OECD. *Public comments received on the discussion draft on the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention* (2011) 22.07.2011.

<http://www.oecd.org/tax/treaties/publiccommentsreceivedonthediscussiondraftonthemeanin gofbeneficialownerintheoecdmodeltaxconvention.htm> [sitert 18.09.2013].

OECD. *Clarification of the meaning of "beneficial owner" in the OECD Model Tax Convention* (2011) 29.04.2011. <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf> [sitert 18.09.2013].

OECD. *OECD Model Tax Convention: Revised Proposals Concerning the Meaning of "beneficial owner" in Articles 10,11 and 12* (2012) 19.10.2012. <http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf> [sitert 20.10.2013].

Økokrim. *Tiltaler i Transocean-saken* (2013) 23.09.2013. <http://www.okokrim.no/tiltaler-i-transocean-saken> [sitert 11.11.2013].

Finansdepartementet. *Skatteavtaler mellom Norge og andre stater* (2013) 23.08.2013. http://www.regjeringen.no/nb/dep/fin/tema/skatter_og_avgifter/skatteavtaler-mellom-norge-og-andre-stat.html?id=417330 [sitert 11.11.2013].

Utenlandske dommer:

Canada

Prévost Car Inc. v. The Queen, 2008 TCC 231 (Tax Court of Canada 22 April 2008).

Prévost Car Inc. v. The Queen, 2009 FCA 57 (Canadian Federal Court of Appeal 26 February 2009).

Velcro Canada Inc. v. Her Majesty the Queen, 1007-1806 (IT)G.

Storbritannia

Indofood International Finance Ltd v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch [2006] EWCA Civ 158 (England and Wales Court of Appeal 2 March 2006).

Frankrike

Royal Bank of Scotland. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie c. Société Bank of Scotland No. 283314 (Conseil d'Etat 29 desember 2006).

Danmark

SKM 2011.57 LSR (HHU-saken).

SKM 2012.121 ØLR (ISS 1-dommen).

Sverige

HDF 2012 not.24.

Personlige meddelelser:

Sentralskattekontoret for utenlandssaker. Epost 8.november 2013. Guril Therese Røttingen Drivernes.

Skattelovavdelingen. Epost 19. Juni 2013. Stig Sollund.

Annet:Svenske forarbeider

Inkomstskattelagen, 24 kap. 10 d § inkomstskattelagen (1999:1229).